

# **MULIGHETEN TIL Å SØKE FAMILIEGJENFORENING FRA NORGE MED EGNE BARN I RIKET**

**Kandidatnummer: 550**

**Leveringsfrist: 25. november 2008**

**Til sammen 17769 ord**

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1. INNLEDNING .....</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1. Problemstilling – avgrensning og presiseringer .....	1
1.2. Valg av problemstilling - aktualitet.....	3
1.3. Videre framstilling.....	4
<b><u>2. METODE .....</u></b>	<b><u>5</u></b>
2.1 Innledning.....	5
2.2. Saker i det private næringsliv.....	5
2.3. Samtale med rådgiver og seniorrådgiver ved UDI .....	5
2.4. Innsending av spørsmål til UNE.....	7
2.5. UNEs praksisbase .....	7
<b><u>3. RETTSKILDENE.....</u></b>	<b><u>8</u></b>
3.1. Utlendingsloven og utlendingsforskriften.....	8
3.2. Forarbeider .....	9
3.3. Andre lover og internasjonale regler .....	10
3.4. Praksis.....	10
3.4.1. Rettspraksis .....	10
3.4.2. Forvaltningspraksis.....	12
3.4.3. EMDs praksis .....	12

<b><u>4. TILLATELSESYSTEMET I UTLENDINGSLOVEN .....</u></b>	<b><u>13</u></b>
4.1. Innledning.....	13
4.2. Grunnvilkår .....	13
4.2.1. Vilkår 1 – underhold og bolig .....	14
4.2.2. Vilkår 2 – spesifikke vilkår ut fra tillatelsestype .....	15
4.2.3. Vilkår 3 – ikke foreligge forhold som kan nekte adgang til riket.....	15
4.3. Arbeidstillatelse .....	16
4.4. Flyktningstillatelse.....	16
4.5. Familieinnvandringstillatelse.....	16
<b><u>5. KRYSSSENDE HENSYN I UTLENDINGSRETEN.....</u></b>	<b><u>19</u></b>
5.1. Innledning.....	19
5.2. Innvandringspolitiske hensyn.....	20
5.3. Hensynet til familiens enhet – EMK art. 8 .....	21
5.4. Hensynet til barnet beste – Barnekonvensjonen art. 3 m.m. ....	23
<b><u>6. RETTEN TIL FAMILIEGJENFORENING ETTER FORSKRIFTENS § 23 FØRSTE LEDD BOKSTAV I.....</u></b>	<b><u>25</u></b>
6.1. Innledning.....	25
6.2. Nærmere om vilkåret om at ”søkeren ikke har ektefelle eller samboer på tidspunktet for innreise” .....	26
6.2.1. Bakgrunnen for vilkåret .....	26
6.2.2. Forvaltningens praktisering av vilkåret.....	27

<b>6.3. Tilfeller hvor foreldrene til det norske barnet er gift eller bor sammen på søknadstidspunktet .....</b>	<b>28</b>
6.3.1. Innledning .....	28
6.3.2. Saker hos advokatfirma .....	29
6.3.2.1. Sak 1 .....	29
6.3.2.2. Sak 2 .....	31
6.3.3. Ektefeller .....	32
6.3.4. Samboere .....	33
6.3.5. Fremsettelse av søknad .....	35
6.3.5.1. Hovedregel .....	35
6.3.5.2. Unntak fra hovedregelen .....	35
6.3.5.3. Et krav om lovlig opphold for å falle inn under unntakene i § 10 annet ledd? .....	39
6.3.5.4. Konsekvenser av at man søker i strid med forskriftens § 10 .....	41
6.3.6. Den nye utlendingsloven .....	42
6.3.7. Vurdering av om man bør la forskriftens § 23 første ledd bokstav i komme til anvendelse i de tilfellene hvor foreldrene til det norske barnet er gift eller bor sammen .....	45
6.3.7.1. Forskriftbestemmelsens ordlyd .....	45
6.3.7.2. Underholdskravet .....	46
6.3.7.3. Forskriftens § 24 første ledd bokstav b .....	48
6.3.7.4. Hensynet til barnets beste og familiens enhet .....	49
6.3.7.5. Juridisk metode .....	50
6.3.7.6. Øvrige hensyn .....	51
6.3.7.7. Konklusjon .....	52

## **7. RETTEN TIL FAMILIEGJENFORENING ETTER FORSKRIFTENS § 23 FØRSTE LEDD BOKSTAV J.....54**

<b>7.1. Innledning.....</b>	<b>54</b>
<b>7.2. Påberopelse av bestemmelsen som et skalkeskjul for å få oppholdstillatelse i landet.....</b>	<b>55</b>
<b>7.3. Vilkåret om å ha hatt lovlig tillatelse det siste året.....</b>	<b>56</b>
7.3.1. Innledning .....	56
7.3.2. Mulige årsaker til at vilkåret ikke er oppfylt.....	56

<b>7.4. Omfanget av samværsretten.....</b>	<b>57</b>
<b>7.5. Hvilke muligheter har søkeren dersom vilkårene i forskriftens § 23 første ledd bokstav j ikke er oppfylt?.....</b>	<b>60</b>
7.5.1. Søkeren oppfyller ikke vilkåret om tilstrekkelig samværsrett .....	60
7.5.2. Søkeren oppfyller ikke vilkåret om gyldig tillatelse det siste året.....	61
<b>7.6. Hensynet til barnets beste i saker knyttet til forskriftens § 23 første ledd bokstav j.....</b>	<b>63</b>
<b>7.7 En kort evaluering av praksis etter forskriftens § 23 første ledd bokstav j opp mot forskriftens § 23 første ledd bokstav i.....</b>	<b>64</b>
<b><u>8. AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER.....</u></b>	<b><u>66</u></b>
<b><u>9. KILDER .....</u></b>	<b><u>68</u></b>
<b>9.1. Lover og forskrifter .....</b>	<b>68</b>
<b>9.2. Forarbeider .....</b>	<b>69</b>
<b>9.3. Litteraturliste .....</b>	<b>69</b>
<b>9.4. Praksis.....</b>	<b>70</b>
9.4.1. Høyesteretts praksis.....	70
9.4.2. Lagmannsretts praksis.....	70
9.4.3. Forvaltningspraksis.....	71
9.4.3.1. UNEs praksisbase.....	71
9.4.3.2. Rundskriv og praksisnotater .....	71
<b>9.5. Internasjonale konvensjoner .....</b>	<b>72</b>
<b>9.6. Annet.....</b>	<b>72</b>

## **1. Innledning**

### **1.1. Problemstilling – avgrensning og presiseringer <sup>1</sup>**

Problemstillingen i denne avhandlingen er muligheten til å søke familiegjenforening fra Norge med egne barn i riket. Det er utlendingsrett i snever forstand som er tema for avhandlingen. Utlendingsrett i vid forstand omfatter regler som knytter seg til de rettslige aspekter ved opphold og arbeid i Norge for utlendinger. Det innbefatter bl.a. regler om rett til sosiale ytelser og trygder, rett til arbeid og skolegang, rett til å stemme ved valg, rett til bolig, vern mot diskriminering osv. I snever forstand er imidlertid utlendingsrett plikter og rettigheter etter utlendingsloven<sup>2</sup>.

Loven definerer i § 48 at en utlending er ”enhver som ikke er norsk borger”. Norsk borger blir du ved erverv av norsk statsborgerskap. I Norge følger man nedstammingsprinsippet som innebærer at dersom barnets mor eller far er norske borgere så får barnet automatisk norsk statsborgerskap ved fødselen<sup>3</sup>. Dette prinsippet står i motsetning til territorialprinsippet som innebærer at et barn får statsborgerskap i det land det er født. Jeg vil avgrense oppgaven mot utlendinger som er nordiske borgere og EØS-borgere. Nordiske borgere er unntatt fra kravet om arbeidstillatelse og oppholdstillatelse, se lovens § 6 tredje ledd. Det er derfor ikke aktuelt for dem å søke familiegjenforening. På grunn av EØS-avtalens regler om fri flyt av mennesker, kapital, varer og tjenester bygger reglene om opphold for EØS-borgere<sup>4</sup> på helt andre hensyn enn reglene for borgere utenfor EØS-land. EØS-borgere kan reise visumfritt til Norge og søke familiegjenforening herifra med

---

<sup>1</sup> Mostad. Studenten avgrenset oppgaven i motsatt retning enn meg.

<sup>2</sup> Heretter også kalt loven.

<sup>3</sup> Bunæs s. 240.

<sup>4</sup> Lovens kap. 8

nærmeste familiemedlemmer, jf. utlendingsforskriftens<sup>5</sup> § 10 andre ledd bokstav m. Det blir generelt stilt mildere krav til EØS-borgere når det gjelder adgangen til å søke familiegjenforening med nærmeste familiemedlemmer, men det skal jeg ikke gå nærmere inn på i denne avhandlingen.

Etter utlendingsloven er det flere bestemmelser som gir foreldrene rett til familiegjenforening<sup>6</sup> med barn i Norge. Etter forskriftens § 23 første ledd bokstav g og h kan henholdsvis begge foreldre, eller kun mor eller far til et barn, som har fått asyl gis rett til gjenforening med barnet. I henhold til § 23 første ledd bokstav i kan mor eller far til norsk barn, etter nærmere bestemte vilkår, søke familiegjenforening med det norske barnet. Dersom vilkårene er oppfylt i § 23 første ledd bokstav j, kan mor eller far som har samværsrett med sitt barn i Norge søke familiegjenforening med barnet på det grunnlag. Med "barn" forstås personer under 18 og som er uten ektefelle og samboer, jf. forskriftens § 23 siste ledd. Det er imidlertid i forskriftens § 24 første ledd bokstav c også åpnet for at enslig mor eller far over 60 år kan få gjenforening med herboende barn uansett alder. I avhandlingen vil jeg imidlertid kun gjøre rede for foreldrenes rett til gjenforening med egne barn etter forskriftens §§ 23 første ledd bokstav i og j, med hovedfokus på bokstav i.

Felles for forskriftens §§ 23 første ledd bokstav i og j er at barnets foreldre er gitt adgang til å fremsette søknad om familieinnvandring fra riket, jf. forskriftens § 10 andre ledd bokstav i og vilkåret i § 23 første ledd bokstav j om at "søkeren har oppholdt seg i riket med tillatelse det siste året". Det forsettes derfor at barnets foreldre allerede oppholder seg i riket sammen med barnet og at de etter ankomst til riket søker oppholdstillatelse i familiegjenforeningsøyemed med barnet. Dette skiller seg ut fra de tilfeller hvor foreldrene søker familiegjenforening fra hjemlandet

---

<sup>5</sup> Heretter også kalt forskriften.

<sup>6</sup> Heretter også kalt gjenforening og tillatelse i familiegjenforeningsøyemed.

med deres barn som har opphold i Norge, f. eks. barn som har fått asyl eller opphold på humanitært grunnlag i Norge<sup>7</sup>.

## **1.2. Valg av problemstilling - aktualitet**

Gjennom samtale med fagfolk i advokatfirma ble jeg kjent med Utlendingsdirektoratets<sup>8</sup> (UDI) tolkning av forskriftens § 23 første ledd bokstav i. Etter å ha studert en sak hos Osloadvokatene<sup>9</sup> og en annen hos Drøbakadvokatene<sup>10</sup> kunne det virke som utlendingsmyndighetene innfortolker et ytterligere krav i § 23 første ledd bokstav i om at søkeren ikke kan bo sammen med eller være gift med den andre av det norske barnets foreldre. Det fører til at foreldre som er samboere eller ektefeller ikke kan søke familiegjenforening med sitt norske barn og derfor heller ikke kan fremsette søknaden om familiegjenforening fra Norge, jf. forskriftens § 10 andre ledd bokstav i, jf. § 23 første ledd bokstav i. Søkeren blir i stedet henvist til å søke familiegjenforening med sin ektefelle eller samboer, noe som ikke alltid er like greit. Etter forvaltningens praksis kan det virke som at foreldre som bor sammen stilles svakere enn foreldre som ikke gjør det. Det er tankevekkende, da familier som bor sammen har minst like sterke, om ikke sterkere, familiebånd som de som ikke bor sammen.

Det er hensynet til barnets kontakt med begge foreldrene som er bakgrunnen for forskriftens § 23 første ledd bokstav j. Jeg ønsket å lære mer om bestemmelsen og praksisen rundt den. Det er en forutsetning for å kunne søke familiegjenforening etter bestemmelsen at søkeren har oppholdt seg i Norge med lovlig tillatelse det siste året. I tillegg kreves det "samvær av et visst omfang". Jeg var interessert i å finne ut av hvordan utlendingsmyndighetene forholder seg til søkere som har et

---

<sup>7</sup> Lovens §§ 17 og 8 andre ledd

<sup>8</sup> Heretter også kalt direktoratet.

<sup>9</sup> Punkt 6.5.4.1.

<sup>10</sup> Punkt 6.5.4.2.



utstrakt samvær med barn, men som ikke oppfyller de øvrige vilkårene etter forskriftens § 23 første ledd bokstav j.

### **1.3. Videre framstilling**

I avhandlingens punkt 2 vil jeg gjøre rede for hvordan jeg har gått frem for å lære mer om forvaltningens praksis knyttet til min problemstilling. Deretter vil jeg i punkt 3 ta for meg de relevante rettskildene i utlendingsretten. I punkt 4 vil jeg gå igjennom tillatelsessystemet i utlendingsloven, for å se problemstillingen i et større perspektiv. Før jeg går inn på det som er hovedtema for avhandlingen, har jeg i punkt 5 redegjort for hensyn som ligger til grunn for alle vurderingene i utlendingsretten. I punkt 6 går jeg inn på retten til familiegjenforening etter forskriftens § 23 første ledd bokstav i. Siden det er her de vanskeligste vurderingene ligger i avhandlingen, er det viet en del større plass enn retten til familiegjenforening etter forskriftens § 23 første ledd bokstav j, som omtales i punkt 7. Jeg opplevde at rettstilstanden etter bokstav j var mye enklere å forsone seg med, enn det som gjelder etter bokstav i.

## **2. Metode**

### **2.1 Innledning**

Jeg søkte om innsynsrett i saker hos UDI og Utlendingsnemnda<sup>11</sup> (UNE) vårsemesteret 2008. Bakgrunnen for at jeg ønsket innsynsrett var for å få tilgang til flere saker knyttet til problemstillingen min, for dermed å forstå bedre utlendingsmyndighetenes praksis. Da jeg fikk negativt svar i begynnelsen av høstsemesteret måtte jeg lære mer om praksisen på andre måter. Jeg har også vært i kontakt med det private næringsliv, som forholder seg til utlendingsmyndighetene som motpart.

### **2.2. Saker i det private næringsliv**

To saker hos et advokatfirma har vært årsaken til at jeg har blitt oppmerksom på problemer knyttet til UDIs tolkning av forskriftens § 23 første ledd bokstav i. På grunn av taushetsplikt kan jeg ikke oppgi navn på klientene eller saksnummeret. Jeg vil imidlertid gjennomgå saksforholdet i punkt 6.5.4.

### **2.3. Samtale med rådgiver og seniorrådgiver ved UDI**

Jeg kontaktet UDI og fikk avtalt møte med rådgiver og seniorrådgiver for familieenheten ved UDI. Formålet var å bli bedre kjent med begrunnelsene for UDIs praksis. Fordelen med direkte samtaler er muligheten for oppfølgende spørsmål dersom noe er uklart. Begge intervjuene ble tatt opp på lydopptaker. I

---

<sup>11</sup> Heretter også kalt nemnda.

denne avhandlingen vil jeg bruke rådgiverens og seniorrådgiverens uttalelser, ved siden av andre kilder<sup>12</sup>, for å gjøre rede for og vurdere forhold i avhandlingen.

Fagpersonene jeg snakket med, jobber som fagkoordinatorer ved UDI. Til daglig arbeider de ikke med saksbehandling, men med faglige spørsmål; praksisavklaring, praksissamordning, innspill av forskjellige slag, høringer etc. De møtes til et slags forum hver 14. dag hvor de diskuterer alle kompliserte saker. Seniorrådgiveren innrømmet at det saksfeltet jeg skriver om vil være et eksempel på type saker som kan være kompliserte.

Det var fascinerende å bli kjent med tankegangen til to ansatte i utlendingsmyndighetene, spesielt seniorrådgiveren. I følge seniorrådgiveren er UDI det beste stedet å være dersom man ønsker å hjelpe utlendingene. Etter hans mening er det ikke behov for utlendingsrettsadvokater; de er bare interessert i penger og har aldri tid til å sette seg grundig nok inn i sine klienters saker. De gangene advokatene fikk igjennom sakene sine var, etter seniorrådgiverens erfaring, som regel fordi de traff i blinde. Seniorrådgiveren mener at UDI og UNE er særlig kompetente organer. Dersom en person får avslag på realitetsbehandling, så er det beste søkeren kan gjøre å spare tiden på å klage til UNE og heller fremme søknaden fra hjemlandet. UNE vil, ifølge seniorrådgiveren, nesten alltid komme frem til samme resultat som UDI. Siden jeg var sikker på at dette ikke var korrekt, sendte jeg en mail til UNE og spurte om de hadde noen oversikt over hvor ofte UNE kom frem til et annet resultat enn UDI i klagesaker. UNE svarte at de ikke hadde noen statistikk over dette når det gjaldt forskriftens § 10 saker. En manuell telling i deres permer med vedtak fattet i 2008 frem til 02.10.2008, viste at i 39 av 90 saker har UNE kommet til et annet resultat enn UDI i saker som omhandler forskriftens § 10.

---

<sup>12</sup> Lovens ordlyd, forarbeider m.m.

Seniorrådgiveren kan kritiseres for sine uttalelser. Rettssikkerheten er blant det viktigste vernet borgerne har i en stat. Denne skal sikre at vedkommende får oppfylt de rettighetene han/hun har etter loven. Dersom søkeren mener at UDI har kommet frem til et uriktig resultat, bør vedkommende fremme saken for UNE. Gjennom en ny behandling av saken blir søkeren trygg på og får fred med at det er fattet en avgjørelse i samsvar med loven. At man kunne ha spart seg tid ved å ikke klage på noe man mener man har rett til, er ikke et argument som passer å komme fra en offentlig ansatt.

#### **2.4. Innsending av spørsmål til UNE**

Jeg sendte forespørsel til UNE om å kunne ha samtale med noen saksbehandlere hos dem. De ba meg sende inn spørsmålene skriftlig som de i første omgang ville svare skriftlig på. Jeg fikk et kort svar fra UNE. Det ble blant annet sitert fra Justisdepartementets brev av 14.11.96, noe jeg allerede kjente til. I tillegg fikk jeg tips om at jeg kunne besøke [www.une.no](http://www.une.no). På grunn av at det tar tid å avtale med det offentlige, og siden jeg hadde tidsmangel, måtte jeg nøye meg med det jeg hadde fått som skriftlig svar.

#### **2.5. UNEs praksisbase**

I UNEs praksisbase<sup>13</sup> er det mulig å søke sammendrag av anonymiserte saker som viser hva slags saker som behandles og hva som blir resultatet. UNE presiserte i sitt svarbrev til meg at de sjelden kommer bort i saker knyttet til forskriftens § 10 andre ledd bokstav i, jf. § 23 første ledd bokstav i. Jeg fant nesten ingen saker om det i praksisbasen. Det var derimot en del saker knyttet til § 10 femte ledd og § 23 første ledd bokstav j.

---

<sup>13</sup> [www.une.no/praksis2/](http://www.une.no/praksis2/)

### **3. Rettskildene**

#### **3.1. Utlendingsloven og utlendingsforskriften**

Det naturlige utgangspunkt når man skal ta stilling til et rettsspørsmål er lovbestemmelsene. Utlendingsloven og utlendingsforskriften er det sentrale lovverket på utlendingsrettens område. Loven er utformet som en rammelov. Den gir myndighetene adgang til å komme med utfyllende og nye bestemmelser på bestemte, men betydningsfulle områder, jf. lovens § 5 andre ledd. Det er Arbeids- og inkluderingsdepartementet som har ansvaret for utformingen av utlendingsforskriften.

Når nærmere bestemte vilkår, ofte i forskrifts form, er oppfylt gir loven rett til opphold, rett til arbeid og rett til beskyttelse. På den annen side pålegger loven en rekke plikter for utlendinger, som for eksempel krav om innvilget oppholdstillatelse for utlendinger i Norge, visum<sup>14</sup> til riket m.v.

Innvandringspolitikken og utformingen av utlendingsloven påvirkes av hverandre til enhver tid<sup>15</sup>. I lovens forarbeider<sup>16</sup> er det uttalt at:

”reglene om opphold og arbeid bør være et fleksibelt instrument for den innvandringspolitikken som til enhver tid ønskes ført”.

---

<sup>14</sup> Visum er en innreisestillatelse. I Norge er hovedregelen etter lovens § 25 at utlendinger må ha visum for å reise inn i landet. Unntakene følger av forskriftens § 105 og gjelder blant annet nordiske borgere, personer med norsk utlendingspass og borgere av stater som Norge har inngått visumfrietavtale med.

<sup>15</sup> Heiberg s. 226

<sup>16</sup> Ot.prp. nr 46 1986-1987 s. 52

Loven inneholder viktige prinsipper for regulering av innvandringen, så som at utenlandske borgere må søke om tillatelse fra hjemlandet før innreise, besøksvisum bare i de tilfeller hvor returforutsetningene<sup>17</sup> er oppfylt osv.

### **3.2. Forarbeider**

For den gjeldende utlendingsloven er de sentrale forarbeidene Norges offentlige utredninger (NOU) 1983:47, Odelstingsproposisjonen (Ot.prp.) 46 (1986-87) og Innstilling til Odelstinget (Innst. O.) nr. 92 (1987-88). Siden utlendingsloven ofte er gjenstand for endringer finnes det Ot.prp. og Innst. O. knyttet til de enkelte endringene.

Den nye utlendingsloven står klar og venter på å tre i kraft. Forarbeidene til den nye loven må derfor tas i betraktning i tillegg til gjeldende utlendingslov. For den nye loven er de sentrale forarbeidene NOU 2004:20, Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) og Innst. O. nr. 42 (2007-2008). Disse er å anse som lovens etterarbeider, da lovgiveren har gjort seg opp en mening om hvordan loven har fungert i praksis. Høyesterett har i flere dommer lagt vekt på uttalelser i forarbeidene til ny lov ved tolkning av den gamle loven<sup>18</sup>.

Det finnes også forarbeider til utlendingsforskriften og forarbeider til de ulike endringene i forskriften som blir foretatt senere. Disse forarbeidene er svært vanskelig tilgjengelige. De forarbeidene til forskriften som er aktuelle for foreliggende avhandling, er vedlegg 5 til rundskriv G-99-088.

---

<sup>17</sup> Utlendingsmyndighetene vurderer både generelle og individuelle forutsetninger ved behandling av en visumsøknad. De generelle forutsetningene går i hovedtrekk ut på sosiale og økonomiske forhold i hjemlandet og generell erfaring med visumsøkere fra det aktuelle landet mht utvandringspotensialet. De individuelle forutsetningene er forhold ved søkeren (alder, bosted, sivilstatus, økonomi m.m.), som taler for eller imot å innvilge visum.

<sup>18</sup> Gisle s. 72 – etterarbeider.

### **3.3. Andre lover og internasjonale regler**

Utlendingsrett er spesiell forvaltningsrett og forvaltningslovens saksbehandlingsregler gjelder, jf. utlendingslovens § 32. I den grad utlendingsloven gir utlendingen større rettigheter enn det som følger av forvaltningsloven er utlendingsloven *lex specialis*, dvs. at i fall reglene kolliderer, vil de spesielle reglene i utlendingsloven gå foran de generelle reglene i forvaltningsloven.

Det finnes mange internasjonale konvensjoner på utlendingsrettens område<sup>19</sup>.

Loven bestemmer i § 4 at:

”Loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingenes stilling”.

De viktigste konvensjonene har blitt gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven av 1999<sup>20</sup>. Dersom det er motstrid mellom konvensjonens bestemmelser og de formelt vedtatte bestemmelsene etter Grunnlovens § 76 flg. skal konvensjonens bestemmelser gis forrang, jf. menneskerettsloven § 3. I denne avhandlingen vil det bli fokusert på Europeisk Menneskerettskonvensjon (EMK) og FNs barnekonvensjonen, som er de viktigste konvensjonene.

### **3.4. Praksis**

#### **3.4.1. Rettspraksis**

Det er svært lite rettspraksis på utlendingsrettens område. En mulig grunn til det kan være at utlendinger selv må bære omkostningene og derfor som regel ikke har

---

<sup>19</sup> F.eks. Flyktningkonvensjonen, Europeisk Menneskerettskonvensjon, EØS- avtalen og Schengen-samarbeidet.

<sup>20</sup> Jf. menneskerettslovens § 2

tilstrekkelige midler til å føre saken for retten. Det gis fri rettshjelp, men i svært begrenset grad og da i kun et utvalg av utlendingssaker som f.eks. utvisning etter brudd på utlendingsloven, bortvisning, tilbakekall av oppholdstillatelse og asylsaker, jf. rettshjelpslovens § 11.

En annen grunn kan være at domstolene ikke kan prøve forvaltningens frie skjønn. De kan bare kontrollere forvaltningens rettsanvendelse, herunder rettsanvendelseskjønnet. Om domstolenes prøvelsesrett er det uttalt av høyesterett i en avgjørelse<sup>21</sup>:

”Jeg går – på samme måte som partene – ut fra at domstolene under enhver omstendighet har den vanlige kontroll med forvaltningens utøvelse av en skjønnspreget myndighet. Det vil si at domstolene kan fastlegge lovbestemmelsens nærmere innhold og prøve om forvaltningen har holdt seg innenfor rammen av denne. Domstolene kan videre prøve om forvaltningen har bygget på riktig faktum, om det er tatt utenforliggende hensyn, om det foreligger myndighetsmisbruk, vilkårlighet eller en så høy grad av urimelighet at det må få betydning for vedtakets gyldighet”.

Bestemmelsen i utlendingslovgivningen er som regel skjønnspregede og det er ofte kryssende hensyn<sup>22</sup> som veies opp mot hverandre. Retten viser tilbakeholdenhet med å overprøve utlendingsmyndighetenes nærmere avveining og skjønn<sup>23</sup>. Domstolene kan i tillegg bare kjenne et vedtak ugyldig, de kan ikke gå inn i den enkelte sak og fatte en avgjørelse. Dersom domstolene kommer frem til at det foreligger ugyldighetsgrunn kjenner de vedtaket ugyldig og sender saken tilbake igjen til UDI som er førsteinstans. UDI og UNE er ansett som eksperter på deres saksfelt. Det kan derfor være vanskelig å få retten til å komme frem til et annet resultat enn disse såkalte ekspertorganene.

---

<sup>21</sup> RT 1995 s. 72. Denne dommen må sees i sammenheng med to nyere Høyesterettsdommer, RT. 1998 s. 1795 og RT. 2000 s. 591. I 95-dommen ble det lagt til grunn at forholdsmessighetsvurderingen hører under forvaltningens frie skjønn. Denne oppfatning fravek imidlertid Høyesterett forsiktig i 98-dommen og mer sikkert i 2000-dommen.

<sup>22</sup> Se punkt 5.

<sup>23</sup> RG 2008 s. 137



### 3.4.2. Forvaltningspraksis

Forvaltningens praksis kommer blant annet til uttrykk gjennom rundskriv<sup>24</sup>. Rundskriv spesifiserer ofte hvordan loven skal brukes. Noen ganger kan disse retningslinjene være lite konkrete, noe som fører til at forvaltningens mulighet til å utøve skjønn blir desto større<sup>25</sup>. I andre tilfeller er retningslinjene detaljert utformet, noe som leder til firkantede avgjørelser. Rundskriv vil være underordnet lovtekster, forarbeider og domstolspraksis i alminnelig rettskildeteori. Blant utlendingsforvaltningen er det særlig UDI som gir rundskriv. Men det forekommer ikke så sjelden at departementene også gir ut rundskriv. UDIs interne praksis kommer også til uttrykk gjennom deres internmeldinger. Det er retningslinjer for skjønnsutøvelsen i den interne saksbehandlingen<sup>26</sup>. Tidligere var disse meldingene skjulte, men nå er det meste å finne på [www.udiregelverk.no](http://www.udiregelverk.no). En rekke av UNEs praksisnotater er også tilgjengelige på deres hjemmeside<sup>27</sup>.

### 3.4.3. EMDs praksis

Når innholdet av EMK skal fastlegges er avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) som regel den viktigste kilden. Det er ikke sjelden i utlendingssaker, og spesielt i utvisningssaker, at EMK art. 8 om respekt for familieliv blir påberopt.

---

<sup>24</sup> Bunæs s. 55

<sup>25</sup> Heiberg s. 11

<sup>26</sup> Bunæs s. 56

<sup>27</sup> [www.une.no](http://www.une.no)

## **4. Tillatelsessystemet i utlendingsloven**

### **4.1. Innledning**

Utlendinger som ønsker å oppholde seg i riket i mer enn tre måneder må inneha en oppholdstillatelse, jf. utlendingslovens § 6 andre ledd. Hvis oppholdets varighet er under tre måneder er det tilstrekkelig med et visum. En utlending som skal arbeide i riket, må inneha en arbeidstillatelse, jf. lovens § 6 første ledd. Denne vil også gir rett til opphold.

I det følgende vil jeg først gjøre rede for grunnvilkårene som må være oppfylt for å få innvilget en oppholds- eller arbeidstillatelse. Deretter vil jeg kort redegjøre for hovedkategorier av de ulike tillatelsesgrunnlagene som finnes etter utlendingsregelverket. Det vil bli satt hovedfokus på familieinnvandringstillatelse<sup>28</sup>, siden det er tema for avhandlingen.

### **4.2. Grunnvilkår**

Det stilles en rekke grunnvilkår for at en utlending skal få innvilget oppholds- eller arbeidstillatelse, jf. lovens § 8 første ledd. De samme grunnvilkårene gjelder hovedsakelig også for tillatelse til familiemedlemmer, men følger da av lovens § 9 første ledd.

---

<sup>28</sup> Begrepet dekker både familieegjenforenings- og familieetableringstilfellene, Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 184

#### 4.2.1. Vilkår 1 – underhold og bolig

Det første vilkåret er at underhold og bolig må være sikret for hele søknadsperioden, jf. lovens § 8 første ledd pkt. 1. For tillatelse til familiemedlemmer er det ikke et absolutt krav om sikret underhold, jf. lovens § 9 første ledd. Innholdet i underholdskravet for førstegangstillatelse er nærmere regulert i forskriftens § 19. Bestemmelsen oppstiller en rekke inntekter som anses som godkjente midler for å dekke underholdskravet, som f. eks arbeidsinntekt, stipend til studenter mv. For familieinnvandringstillatelse er underholdskravet nærmere regulert i forskriftens § 25 som viser til forskriftens § 19. Etter § 25 er hovedregelen at underholdskravet må være oppfylt. Det gjøres imidlertid unntak i de tilfellene som er nevnt i § 25 tredje og fjerde ledd. I tredje ledd er det åpnet adgang for å fravike hovedregelen dersom "særlig sterke menneskelige hensyn" tilsier det. I fjerde ledd er det blant annet gjort unntak for ektefelle, samboer eller barn til en utlending som har fått innvilget asyl eller er overføringsflyktning, jf. bokstav a. Det dispenseres imidlertid ikke fra underholdskravet for familiemedlemmer til utlendinger som har fått opphold på humanitært grunnlag etter lovens § 8 annet ledd. Det er også gjort unntak fra underholdskravet for foreldre som søker familiegjenforening med barn etter forskriftens § 23 første ledd bokstav i<sup>29</sup> og j<sup>30</sup>, jf. § 25 fjerde ledd bokstav b. Underholdskravet i saker om familieinnvandring utgjør i dag lønnstrinn 1<sup>31</sup> i statens regulativ for de som søkte før juli 2008 og lønnstrinn 8<sup>32</sup> for de som søkte senere<sup>33</sup>.

Boligkravet er nærmere regulert i forskriftens § 20. Kravet til bolig anses sikret når utlendingen råder over hus, leilighet, hybel og lignende som tilfredsstiller helsemyndighetenes krav, jf. § 20 andre ledd. I motsetning til underholdskravet gjelder boligkravet kun ved førstegangstillatelse, jf. bestemmelsens overskrift. For

---

<sup>29</sup> Punkt 6.

<sup>30</sup> Punkt 7.

<sup>31</sup> 198 400,- pr 2008

<sup>32</sup> 215 200,- pr 2008

<sup>33</sup> RS 2008-028

familieinnvandringstillatelse etter forskriftens § 23 gjelder ingen boligkrav, jf. forskriftens § 22 første ledd. Men for familieinnvandringsstillatelse etter forskriftens § 24 gjelder det imidlertid et boligkrav, jf. bestemmelsens første, andre og tredje ledd. Grunnen til dette skillet er at familiemedlemmer etter § 24 anses som fjernere enn de som er oppramset i § 23.

#### **4.2.2. Vilkår 2 – spesifikke vilkår ut fra tillatelsestype**

Det andre grunnvilkåret er at de vilkårene i utlendingsforskriften som gjelder for den enkelte tillatelse må være oppfylt, jf. lovens § 8 første ledd pkt. 2 og § 9 første ledd. F. eks. kan utdanningssøkende få opphold i studieøyemed etter forskriftens § 4 første ledd. Det er et vilkår etter forskriften at studenten dokumenterer opptak ved godkjent utdanningsinstitusjon. I tillegg må formålet med oppholdet være å gjennomføre yrkesrettes utdanning, og deretter å returnere til hjemlandet. Underhold må være sikret, jf. forskriftens § 18. I tillegg har UDI gitt nærmere retningslinjer for denne type tillatelse.

#### **4.2.3. Vilkår 3 – ikke foreligge forhold som kan nekte adgang til riket**

Det tredje grunnvilkåret er at det ikke må foreligge forhold som kan gi grunnlag for å nekte en søker adgang til riket, jf. lovens § 8 første ledd pkt 3 og § 9 første ledd. Tillatelsen kan for det første nektes dersom myndighetene har fattet et vedtak om eller det er grunnlag for bortvisning eller utvisning av søker fra Norge, jf. lovens §§ 27-29. For det andre kan tillatelse nektes når utenrikspolitiske hensyn, hensynet til rikets sikkerhet eller tungveiende samfunnsmessige hensyn gjør det nødvendig å nekte tillatelse, jf. lovens § 43, jf. forskriftens § 148.

### **4.3. Arbeidstillatelse**

Hovedvilkårene som i utgangspunktet gjelder for alle typer arbeidstillatelser finner vi i forskriftens § 2. Det nærmere grunnlag fremgår hovedsakelig av forskriftens §§ 3 til 5a. Også familieinnvandringstillatelse og beskyttelsestillatelse gir generell adgang til å arbeide i riket. Hovedformålet med arbeidstillatelsen er imidlertid å ta arbeid i riket, og ikke gjenforenes med familie, søke beskyttelse eller lignende.

I 2007 ble det gitt 98 000 arbeidstillatelser<sup>34</sup>. Totalt 93 % av arbeidstillatelsene i 2007 ble gitt til borger av europeiske land. Dette indikerer at innvandringen fra land utenfor Europa, spesielt ikke vestlige land, hovedsakelig skjer gjennom familieinnvandring eller flykningsinnvandring.

### **4.4. Flyktningsstillatelse**

Personer som er forfulgt i hjemlandet på grunn av religion, nasjonalitet, politisk oppfatning eller medlemskap i en spesiell sosial gruppe kan søke asyl i Norge, jf. lovens § 17 første ledd. I de tilfeller hvor det foreligger humanitære grunner uten at asylvilkårene er oppfylt kan man få opphold på humanitært grunnlag, jf. lovens § 8 andre ledd og forskriftens § 21.

### **4.5. Familieinnvandringstillatelse**

De nærmeste familiemedlemmene til en person bosatt i Norge har på nærmere bestemte vilkår fastsatt i forskriften rett til familieinnvandring, jf. lovens § 9 jf. forskriftens § 22 flg.

---

<sup>34</sup> Tall og fakta fra UDI 2007

Hvem som anses som nærmeste familie er nærmere regulert i forskriftens § 23. I hovedtrekk dreier det seg om ektefelle, samboer og barn etter nærmere regler. Dersom vilkårene er oppfylt har man "rett til", dvs. rettskrav på, familieinnvandring.

Etter forskriftens § 24 kan utlendinger med "særlig tilknytning til riket" få familieinnvandringstillatelse. De som kommer inn under denne bestemmelsen er blant annet forlovede, foreldre, samboere med barn etc. Det kan leses av lovens ordlyd at det er en "kan" bestemmelse. Familiemedlemmene har derfor ikke et rettskrav på familieinnvandring etter bestemmelsen. Men det viser seg likevel i praksis at utlendingsmyndighetene ikke nekter tillatelse etter bestemmelsens første ledd dersom vilkårene er oppfylt<sup>35</sup>.

Immigrasjonsmyndighetene må også alltid vurdere om det foreligger sterke menneskelige hensyn som tilsier at søknaden om familieinnvandring skal innvilges i medhold av lovens § 8 annet ledd til familiemedlemmer og lignende som ikke faller inn under forskriftens § 23 eller 24 første ledd, jf. forskriftens § 24 andre ledd. Det er en snever unntaksbestemmelse som sjelden er oppfylt<sup>36</sup>. Formålet med bestemmelsen er å fange opp spesielle tilfeller hvor det fremstår som klart urimelig å avslå oppholds- eller arbeidstillatelse i familiegjenforeningsøyemed. Det er ikke tilstrekkelig at utlendingen nesten kommer inn under noen av de oppnevnte kategoriene i §§ 23 og 24 første ledd for å komme inn under § 24 andre ledd. Det må foreligge et nokså klart element av sterke menneskelige hensyn. Det er en bestemmelse som viser til skjønn, så immigrasjonsmyndighetene må foreta en konkret helhetsvurdering. Vurderingstemaet er ulike velferdsgrunner, som f.eks. alvorlige helsemessige forhold hos søkeren, opp mot aktuelle innvandringspolitiske hensyn, jf. lovens § 2 første ledd<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Heiberg s. 242

<sup>36</sup> Heiberg s. 242

<sup>37</sup> UNEs praksisnotat av 28.03.2007

Familieinnvandringstillatelse er ikke en tillatelse på selvstendig grunnlag, og er derfor avhengig av tillatelsen til den du søker familieinnvandring med<sup>38</sup>. Det er derfor viktig at hovedpersonens tillatelse danner grunnlaget for familieinnvandring. Lovens § 9 oppstiller fire grupper av utlendinger som kan få familien til riket gjennom familieinnvandring; norske borgere, nordiske borgere, utlendinger som har bosettingstillatelse eller utlendinger som har en tillatelse som kan danne grunnlaget for bosettingstillatelse. I forskriften § 22 er det imidlertid i tillegg oppstilt flere andre grupper av hovedpersoner som kan gjenforenes med familien.

Siden familieinnvandringstillatelsen er knyttet opp mot hovedpersonens tillatelse, kan ikke varigheten av tillatelsen overstige hovedpersonens tillatelse, jf. forskriftens § 22 siste ledd.

---

<sup>38</sup> Også kalt hovedpersonen eller herboende

## **5. Kryssende hensyn i utlendingsretten**

### **5.1. Innledning**

Det er en rekke hensyn som utlendingsmyndighetene må ta i betraktning ved avgjørelse av en sak. Hensynene har ofte bakgrunn i generelle prinsipper som utformes som veiledende retningslinjer uten at de sier noe om hva som skal bli utfallet av saken. Ikke så sjelden kan hensynene være kryssende, dvs. de kan tale i favør av hver sin løsning. Det er i disse tilfellene myndighetene blir stilt overfor vanskelige valg. Hva som blir utfallet av saken, viser hvilket hensyn som etter utlendingsmyndighetenes syn veier tyngst.

Hensynet til familiens enhet og barnet beste blir svært ofte påberopt som grunnlag for å få innvilget tillatelse til foreldre. Ikke så sjelden argumenterer myndighetene med at selv om barnet beste og hensynet til familiens enhet taler for innvilgelse, får innvandringspolitiske hensyn avgjørende betydning i saken.

Det er svært vanskelig å fastslå hva som ligger i disse hensynene. I det følgende vil jeg kort redegjøre for hva de sentrale hensynene går ut på. Hensynene vil i tillegg bli trukket frem senere i avhandlingen<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Se f.eks. punkt 6.5.7.4 og 7.6



## 5.2. Innvandringspolitiske hensyn

Sentralt ved tolkningen av loven og forskriften står innvandringspolitiske hensyn. Det er ikke uttalt i loven hva slags hensyn dette er. Hensyn som imidlertid nevnes i forarbeidene<sup>40</sup> er de samfunnsmessige utfordringene som kan følge med en bestemt type innvandring, kontrolltekniske hensyn, ressursmessige hensyn knyttet til saksbehandlingen og konsekvenshensyn når det gjelder omfanget av innvandringen. I forslag til ny utlendingslov foreslås det å bruke "innvandringsregulering" som et mer treffende begrep enn innvandringspolitiske hensyn.

De uttrykkelige bestemmelsene om innvandringsregulering er inntatt i lovens § 5. Her er det bestemt at Stortinget godkjenner hovedprinsippene for regulering av innvandringen til riket og at kongen gjennom forskrifter fastsetter de detaljerte reglene. I utlendingsforskriften er det fastslått i § 2 at innvandringspolitiske kriterier skal inngå i vurderingen ved innvilgelse av arbeidstillatelser. Selv om vilkårene etter forskriftens §§ 4, 4a og 5 er oppfylt, skal arbeidstillatelse likevel nektes dersom utenrikspolitiske, sikkerhetsmessige eller innvandringspolitiske hensyn taler imot, jf. forskriftens § 2 siste ledd. Det som imidlertid er verdt å legge merke til er at selv om det i forskriften er uttalt at innvandringspolitiske hensyn bare skal tas med i vurderinger innenfor arbeids-/oppholdstillatelse av begrenset varighet, så tillegges disse hensynene vesentlig vekt ved vurdering av andre oppholds- og arbeidstillatelser etter loven. Dette til tross for at det verken etter loven eller forskriften er uttrykkelig uttalte forutsetninger.

---

<sup>40</sup> NOU:2004:20

### 5.3. Hensynet til familiens enhet – EMK art. 8

Argumentasjonen om at et vedtak er i strid med hensynet til familiens enhet blir gjerne legitimert i EMK art 8 som sikrer alle personer respekten for familieliv. EMK art 8 lyder slik i norsk oversettelse:

1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
2. Det skal ikke skje noen inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter”.

Bestemmelsen gir ikke et generelt forbud mot offentlige myndigheters inngrep i familieliv. Inngrep er tillatt så fremt det faller inn under et av de vage unntakene i bestemmelsens annet ledd.

Familiebegrepet omfatter selvfølgelig forholdet mellom barn og foreldre, men gjelder imidlertid ikke bare barn født i ekteskap, men også utenfor ekteskap<sup>41</sup>. Begrepet omfatter også samboerskap<sup>42</sup>. Selv om forholdet mellom foreldrene opphører, f.eks. på grunn av skilsmisse eller samlivsbrudd, vil forholdet mellom hver enkelt av foreldrene og barna som utgangspunkt fortsatt være beskyttet etter EMK art. 8<sup>43</sup>.

EMK art 8 er også en viktig kilde til fortolkning av bestemmelsene om familiegjenforening<sup>44</sup>. Familiegjenforening er imidlertid ikke ansett for å være noen

---

<sup>41</sup> Møse, s. 414

<sup>42</sup> Møse, s. 416

<sup>43</sup> Møse, s. 417

<sup>44</sup> Bunæs s. 152

absolutt menneskerettighet. I forarbeidene<sup>45</sup> er det uttalt at:

”Det gjelder imidlertid ingen universell rett til familieinnvandring, og enda mindre en ubetinget generell rett til å innvandre til et annet land. På denne bakgrunn har Menneskerettsdomstolen utviklet en lære om at EMK artikkel 8 ikke gir rett til familieinnvandring hvis det med rimelighet kan kreves at familielivet alternativt kan utøves i et annet land, typisk i hjemlandet til en av kjernefamiliens voksne medlemmer”.

Videre blir det uttalt i forarbeidene<sup>46</sup> at:

”Hvis familien rettslig og faktisk har mulighet til å forenes i et annet land, skal det svært mye til før det å nekte rett til familieinnvandring vil bli ansett som et uforholdsmessig inngrep i familielivet”.

Innvandringspolitiske hensyn faller inn under unntaket ”landets økonomiske velferd” etter EMK art 8 andre ledd, og er derfor et legitimt formål blant annet for å nekte innvilgelse i en familiegjensforeningssak<sup>47</sup>. Det kan spørres om man derfor kan tolke bestemmelsen slik at innvandringspolitiske hensyn alltid skal gå foran. Rimelighetsbetraktninger taler for at man bør veie hensynet til familiens enhet opp mot innvandringspolitiske hensyn. Det bør foretas en individuell vurdering av de innvandringspolitiske hensynene i den enkelte sak for å avgjøre hvor viktig eller tungveiende de er i akkurat det tilfellet. Hvis innvandringspolitiske hensyn alltid skal få bestemme utfallet i saken<sup>48</sup>, vil det føre til at utlendingsmyndighetene får altfor fritt spillerom og at rettssikkerheten til de berørte partene vil bli markert svekket. Dette fordi både innvandringspolitiske hensyn og hensynet til familiens enhet er utformet som vage retningslinjer og inneholder elastiske begreper som kan trekkes i den ønskede retning av utlendingsmyndighetene.

---

<sup>45</sup> Ot.prp. nr. 75 s. 182

<sup>46</sup> Ot.prp. nr. 75 s. 182

<sup>47</sup> Møse s. 427

<sup>48</sup> I så fall vil også hele poenget med en skjønnsmessig utformet bestemmelse falle bort.

Til tross for den skjønnsutøvelsen som EMK etterlater til myndighetene uttaler departementet i forarbeidene til den nye loven<sup>49</sup> at man

”med stor sikkerhet **kan** [red. tilf.] fastslå at gjeldende norsk praksis ligger trygt innenfor de rammene som følger av EMK art. 8.”

#### **5.4. Hensynet til barnet beste – Barnekonvensjonen art. 3 m.m.**

Utlendingssaker som angår familier berører ofte også barn. I barnekonvensjonen har man en rekke særregler som er særlig tilsiktet barn og unge. Når det gjelder foreldrenes rett til gjenforening med barn i riket er det særlig barnekonvensjonens art. 3 første ledd og art. 10 første ledd som er relevante.

Barnekonvensjonens artikkel 3 første ledd lyder slik i norsk oversettelse:

” Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn”

En naturlig språklig forståelse av konvensjonenes art. 3 tilsier at selv om hensynet til barnets beste skal tillegges betydelig vekt, kan også andre hensyn trekkes inn i avgjørelsen. Det følger av rettspraksis<sup>50</sup> at det er overlatt til statene å foreta en nærmere avveining av hensynet til barnets beste opp mot andre samfunnsinteresser. Da ordlyden i bestemmelsen er generell og vag er det vanskelig å fastslå hva som kreves for å oppfylle forpliktelsene etter konvensjonen. En grunn til at man har utformet bestemmelsen slik er fordi den skal gjelde over tid. I tillegg har konvensjonene gyldighet i mange forskjellige kulturer og land, hvor det kan være ulikt syn på hva som er til det beste for barnet<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Ot.prp. nr.75 s.183

<sup>50</sup> RT 2005 s. 229

<sup>51</sup> Sandberg s. 47

Barnekonvensjonens artikkel 10 første ledd lyder slik i norsk oversettelse:

”1. I samsvar med partenes forpliktelse ifølge artikkel 9, punkt 1, skal søknader fra et barn eller dets foreldre om å reise inn i eller ut av en parts land når formålet er familiegjenforening, behandles av partene på en positiv, human og rask måte. Partene skal dessuten garantere at det å etterkomme en slik anmodning ikke vil få skadelige følger for ansøkerne og for medlemmene av deres familie.”

Bestemmelsen behandler den prosessuelle siden ved familiegjenforening, men tar ikke opp den materielle vurderingen. Søknadene skal behandles på en positiv, human og rask måte, men myndigheten har ingen plikt til å la sakene få et bestemt utfall.

## **6. Retten til familiegjenforening etter forskriftens § 23 første ledd bokstav i**

### **6.1. Innledning**

Forskriftens § 23 første ledd bokstav i oppstiller fire kumulative vilkår som må være oppfylt for å ha krav på familiegjenforening etter bestemmelsen. For det første må søkeren være "mor eller far til norsk barn". Det at man er forelder til et norsk barn viser man gjennom fødselsattester. Siden det er snakk om et norsk barn og barnet som regel er født i riket, viser man frem norsk fødselsattest hvor det ikke blir noen problem rundt troverdigheten av dokumentene og hvordan man dokumenterer. For det andre må søkeren ha foreldreansvaret for barnet. Foreldreansvaret fremgår av registrering i Folkeregisteret og hvem barnet bor sammen med. Er foreldrene gift eller samboende har de foreldreansvaret sammen, jf. barnelovens §§ 34 og 35, jf. § 39. For barn født av foreldre som ikke bor sammen og heller ikke er gift, har moren foreldreansvaret alene, jf. barnelovens § 35. For det tredje må det norske barnet bo fast sammen med søkeren. Er det slik at barnet har delt bosted, dvs. at barnet bor 50/50 hos begge foreldrene, vil vilkåret være oppfylt for begge foreldrene<sup>52</sup>. For det fjerde må ikke søkeren ha "ektefelle eller samboer på tidspunktet for innreise i riket"<sup>53</sup>.

Hensynet til barnets<sup>54</sup> beste har stått sentralt ved utformingen og videreføringen av en bestemmelse som sikrer foreldre som har foreldreansvaret rett til opphold i riket med det norske barnet. Meningen har vært å legge til rette for å videreføre en etablert situasjon<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Ot.prp. nr. 75 s. 212

<sup>53</sup> Punkt 6.3.

<sup>54</sup> Punkt 5.4.

<sup>55</sup> UNEs svarbrev til meg

Et norsk barn kan når som helst bosette seg i riket. Ved å innføre en rett til familiegjenforening i § 23 første ledd bokstav i tilfellene får et norsk barn med utenlandsk forelder en faktisk mulighet til å forbli boende i Norge og ikke bli drevet ut av Norge fordi mor eller far som har foreldreansvaret må returnere til hjemlandet.

## **6.2. Nærmere om vilkåret om at "søkeren ikke har ektefelle eller samboer på tidspunktet for innreise"**

### **6.2.1. Bakgrunnen for vilkåret**

Bakgrunnen for at man har inntatt et slikt vilkår i forskriftens bestemmelse er for det første å stoppe innvandring fra flere enn det norske barnets forelder. Dersom søkeren har en utenlandsk ektefelle i utlandet så vil derfor ikke vilkårene etter bestemmelsen være oppfylt. Hadde myndighetene åpnet for rett til familiegjenforening i de tilfellene hvor søkeren hadde ektefelle i hjemlandet, ville søkerens utenlandske ektefelle som ikke er det norske barnets foreldre, samt andre barn i forholdet, ha rett til familiegjenforening med søkeren og søkerens utenlandske ektefelle. Om dette har departementet uttalt at:

"det anses ikke rimelig å gi en utenlandsk familie rett til å etablere seg i landet gjennom et norsk barn som er medlem av en slik familie."<sup>56</sup>

Tidligere hadde søker med norsk ektefelle eller samboer rett til å ta opphold i riket med sitt norske barn i medhold av bokstav i. Bestemmelsen lød slik før forskriftsendringen i 1999:

" Det er et vilkår at søkeren ikke har **utenlandsk** [red. utheving] ektefelle eller samboer på tidspunktet for innreise i riket"

---

<sup>56</sup> Vedlegg 5 til G-99-088

Myndighetene så imidlertid faren for innvandring i bigamitilfellene og begrepet "utenlandsk" ble derfor tatt vekk fra forskriftsbestemmelsen. I forarbeidene til utlendingsforskriften<sup>57</sup> ble det ved endringen uttalt at:

"Etter endringen vil ikke søker med norsk ektefelle/samboer omfattes av bestemmelsen lenger, men vedkommende har rett til familiegjenforening med ektefellen eller samboeren når vilkårene i § 23 første ledd bokstav a eller b er oppfylt".

### **6.2.2. Forvaltningens praktisering av vilkåret**

Ofte oppstår søknader etter § 23 første ledd bokstav i som fornyelse på nytt grunnlag. Den typiske situasjonen er at man har fått en tillatelse første gang i familiegjenforening med norsk ektefelle, så får man et barn sammen som blir norsk, men så går barnets foreldre ifra hverandre og en av foreldrene søker oppholdstillatelse på nytt grunnlag med det norske barnet. Dersom foreldrene var gift eller samboere på tidspunkt for innreise, kan man etter ordlyden tolke det slik at søkeren ikke oppfyller vilkårene etter bestemmelsen.

Det vil etter UDIs syn være urimelig og det har ifølge rådgiveren ikke vært meningen å hindre familiegjenforening i de situasjoner hvor man var gift med den andre av barnets foreldre når man ankom riket. Utlendingsmyndighetene tolker derfor ikke bestemmelsen bokstavelig, men lar formålsbetraktninger være avgjørende. Det vil derfor etter UDIs praksis ikke være en avslagsgrunn at det norske barnets foreldre var gift eller samboere da søkeren kom til riket<sup>58</sup>.

Dette er et eksempel på et tilfelle hvor bestemmelsen formål tilsier at forskriftsbestemmelsen tolkes i strid med ordlyden. UDI legger vekt på lovgiverens

---

<sup>57</sup> Vedlegg 5 til G-99-088

<sup>58</sup> Samtalen med rådgiveren og seniorrådgiveren.



mening med bestemmelsen og ikke det som kommer frem gjennom en naturlig språklig forståelse av ordlyden.

Legalitetsprinsippet tilsier at all inngrep i borgernes rettsfære må skje med hjemmel i lov. Når UDI tolker bort et vilkår i de situasjonene hvor det norske barnets foreldre var gift eller samboere på tidspunktet for innreise, gjør de det til fordel for søkeren. Det vil dermed ikke være noen inngrep i søkerens rettsfære. Det sier seg selv at det skal mindre til for å godta at utlendingsmyndighetene tolker en forskriftsbestemmelsen innskrenkende til fordel for søkeren, enn utvidede til ulempe for vedkommende. Som jeg skal komme inn på i punkt 6.5., er det store betenkeligheter med at utlendingsmyndighetene tolker en forskriftsbestemmelse utvidende til ulempe for søkeren eller trekker inn vilkår som ikke kan utledes av bestemmelsens ordlyd.

### **6.3. Tilfeller hvor foreldrene til det norske barnet er gift eller bor sammen på søknadstidspunktet**

#### **6.3.1. Innledning**

Som jeg har vært inne på er det kun et vilkår om at søkeren ikke må ha samboer eller ektefelle for tidspunktet for innreise<sup>59</sup>. Ordlyden i forskriftens § 23 første ledd bokstav i er taus om de tilfellene hvor foreldrene til det norske barnet er gift eller bor sammen på søknadstidspunktet. Utlendingsmyndighetene innfortolker likevel et ytterligere vilkår i forskriftens bestemmelse om at dersom søkeren både har et norsk barn og samtidig bor sammen med eller er gift med det norske barnets andre forelder, så må vedkommende søke familiejenforening med ektefellen eller samboeren, og ikke det norske barnet. Tilleggsvilkåret hjemles i utlendingsmyndighetenes praksis og forarbeidene til forskriften<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Punkt. 6.4.

<sup>60</sup> Vedlegg 5 til G-99-088

Jeg vil i det følgende først gå igjennom to saker fra Osloadvokatene og Drøbakadvokatene, som skisserer problemstillingen på dette punkt. Deretter vil jeg gjøre rede for hvilke muligheter en forelder med norsk barn har for å søke familiegjenforening med sin ektefelle eller samboer. Videre vil jeg gå inn på reglene om fremsettelse av søknad, og hvordan disse reglene påvirker barnefamiliers adgang til å fremsette søknad fra riket. Til slutt vil jeg vurdere og trekke opp argumenter som taler for at søkeren bør gis adgang til å søke familiegjenforening med sitt norske barn, selv om vedkommende er samboer eller gift med barnets andre forelder.

### **6.3.2. Saker hos advokatfirma**

#### **6.3.2.1. Sak 1**

Den første saken dreier seg om en søker fra tidligere Serbia og Montenegro som kom til Norge i 2004 som asylsøker. Hun fikk endelig avslag på sin søknad om asyl. I mellomtiden giftet hun seg og søkte tillatelse i familiegjenforeningsøyemed med sin norske ektefelle. Paret separerte seg, og søknaden ble derfor avslått av UDI. Det ble opplyst i avslaget at søkeren pliktet å forlate riket. Etter ca to år ble det fremmet ny søknad om familiegjenforening med samboer og barn i riket. Søknaden ble avslått av UDI på formelt grunnlag, jf. § 10 sjette ledd. Saken ble vurdert etter forskriftens § 24 andre ledd bokstav b. Søkeren kom derfor ikke inn under noen av unntakene i § 10 andre til fjerde ledd. Etter UDIs syn forelå det heller ikke slike sterke rimelighetsgrunner som tilsa at søknaden kunne bli tatt opp til realitetsbehandling etter § 10 femte ledd. Søkeren fikk i tillegg forhåndsvarsel om utvisning på grunn av sitt ulovlige opphold i riket.

I klagebrev til UDI argumenterte søkerens advokat for at forskriftens § 23 første ledd bokstav i måtte komme til anvendelse. I følge direktoratet kunne imidlertid

ikke bestemmelsen komme til anvendelse, da lovlig opphold i riket er en forutsetning for å falle inn under unntakene i § 10<sup>61</sup>. Sekundært ble forskriftens § 10 femte ledd påberopt. Om påberopelse av sterke rimelighetsgrunner uttalte UDI at:

”Direktoratet kan ikke se at en splittelse av familien vil få konsekvenser utover det som er vanlig i sammenlignbare saker. Det bemerkes i denne forbindelse at herboende referanse kan besøke klager i hennes hjemland mens ny søknad om familiegjenforening er til behandling. Videre er det forhold at søkeren har oppholdt seg ulovlig i Norge i nærmere to år et moment som taler sterkt mot at forskriftens § 10 femte ledd kommer til anvendelse. ”

UDI tok ikke klagen til følge og sendte saken videre til UNE. Saken ligger nå til behandling hos UNE. Jeg fikk opplyst av advokatfullmektigen som jobbet med saken, at klienten hennes reiste tilbake til hjemlandet med sitt barn i midten av mars 2008. Søkeren har nå vært i Montenegro i over et halvt år med sitt norske barn, da UDI ikke ga utsatt iverksettelse, til tross for at klagen ligger til behandling hos UNE. En avgjørelse om søkeren skal gis utsatt iverksettelse er en beslutning, som ikke kan påklages<sup>62</sup>. Ved nektelse av utsatt iverksetting blir derfor UDI siste instans i saker hvor man klager inn det formelle avslaget til UNE. Klageadgangen får dermed ingen reell betydning for søkeren. I denne saken har man likevel, av prinsipielle grunner, bedt UNE ta stilling til det formelle avslaget. Skulle det vise seg at klagen ikke bli tatt til følge i UNE, vil advokatfullmektigen vurdere å sende inn saken til Sivilombudsmannen.

---

<sup>61</sup> Punkt 5.4

<sup>62</sup> Bunæs s. 352

#### **6.3.2.2. Sak 2**

Den andre saken dreier seg om en kvinne fra Brasil. Hun fremsatte søknad om familiegjenforening fra Norge med sin norske samboer etter forskriftens § 23 første ledd bokstav b. Siden det ikke var dokumentert at paret hadde bodd sammen som samboere i Brasil før innreise, var ikke kravet om to års samboerskap oppfylt. Da paret hadde et barn sammen ble søknaden vurdert etter forskriftens § 24 første ledd bokstav b, men søknaden ble avslått på formelt grunnlag i vedtak, jf. § 10 sjette ledd. Søknaden måtte fremsettes fra søkerens hjemland da det ikke kom inn under noen av unntakene i forskriftens § 10 andre til fjerde ledd.

I klagebrev til UDI henviste søkerens advokat til en telefonsamtale med saksbehandleren. I telefonsamtalen opplyste saksbehandleren om at § 10 andre ledd bokstav i ikke kunne komme til anvendelse da vilkårene i § 23 første ledd bokstav i ikke var oppfylt. Saksbehandleren argumenterte med at barnets foreldre var samboere og at de også hadde vært det ved innreise. Søkerens advokat anførte i klagen at UDI måtte bestemme seg for hvilket saksforhold de ønsket å legge til grunn; enten måtte de argumentere for at barnets foreldre var samboere ved og etter innreise og la paret søke etter samboerbestemmelsen i § 23 første ledd bokstav b, ellers så måtte de legge til grunn at foreldrene ikke var samboere ved innreise og la søkere fremsette søknad med sitt norske barn etter forskriftens § 23 første ledd litra i.

UDI tok ikke klagen til følge og saken ble oversendt til UNE. Fra direktoratets vedtak hitsettes:

”Direktoratet viser i denne sammenheng til at det er kun mor eller far til norsk barn, som vedkommende har foreldreansvar for, og som bor fast sammen med søkeren som kommer inn under ordlyden i § 23 første ledd bokstav i. Personer som har samboere/ektefeller med opphold i riket skal søke tillatelse med sine respektive ektefeller/samboere.

Direktoratet viser til at dette kommer klart frem blant annet i Justisdepartementets brev av 14.11.1996 (JD 96/3703 punkt 1.1.) i forbindelse med vedtakelsen av forskriftens § 23 første ledd bokstav i, der det står "Dersom faren/moren til barnet har ektefelle/samboer som har eller får lovlig opphold i Norge, skal faren/moren søke tillatelse etter bestemmelsene for ektefelle eller samboer".

UNE tiltrådte direktoratets begrunnelse i sin helhet, og klagen ble derfor ikke tatt til følge. Etter UNEs syn forelå det heller ikke sterke rimelighetsgrunner etter forskriftens § 10 femte ledd og vedtaket ble heller ikke ansett å være i strid med EMK art 8 og Barnekonvensjonens art. 3.

### **6.3.3. Ektefeller**

Ekteskap danner grunnlag for familiegjenforening dersom vilkårene i forskriftens § 23 første ledd bokstav a er oppfylt. Det er et utgangspunkt at begge partene er over 18 år og at formålet med familiegjenforening er at ektefellene skal bo sammen i Norge osv. Hvordan man inngår ekteskap (vielsesformer), skikker og tradisjoner rundt ekteskap kan variere fra land til land og fra kultur til kultur. I mange land er det vanlig og tillatt å inngå flere ekteskap. Etter norsk lovgivning er det ikke tillatt med bigami, det vil si at man er gift med flere på en gang<sup>63</sup>. Derfor oppstiller § 23 første ledd bokstav a flere forutsetninger slik at man ikke gjennom familieinnvandring tillater bigamisituasjoner. Det er bestemt at:

"Den som får opphold i riket etter å ha inngått lovlig ekteskap med flere, kan bare regne en som ektefelle. Den som har opphold i riket og inngår lovlig ekteskap i utlandet med mer enn en, kan bare regne den første ektede som ektefelle. Den som har opphold i riket og inngår lovlig ekteskap i utlandet med en som er gift, kan ikke regne vedkommende som ektefelle".

---

<sup>63</sup> Ekteskapsloven § 4

For at familiegjenforening avledet fra barn som er norsk borger ikke skal åpne for innvandring også i bigamitilfeller er det i forarbeidene til forskriften<sup>64</sup> skissert at søkeren som både har et norsk barn og ektefelle i riket må søke familiegjenforening med ektefellen. Dette resulterer i at dersom den norske ektefellen har en annen ektefelle i landet, så vil ikke vilkårene etter § 23 første ledd bokstav a være oppfylt, og søkeren vil derfor få avslag på sin søknad om familiegjenforening.

#### **6.3.4. Samboere**

Samboere er å anse som nærmeste familiemedlemmer dersom de oppfyller vilkårene etter forskriftens § 23 første ledd bokstav b, jf. § 22. Det er etter samboerbestemmelsen et utgangspunkt at både søkeren og referansen er over 18 år. For det andre er det et krav at ingen av partene er gift. Vi ser at lovgiveren også i denne bestemmelsen har trukket frem en slik forutsetning for å hindre bigamisituasjoner gjennom familieinnvandring. For det tredje må formålet med tillatelse være å bo sammen i Norge. Det fjerde vilkåret er at partene må ha bodd i "et fast og etablert samboerforhold i minst to år". Det er som regel dette vilkåret som pleier å være mest problematisk i disse sakene. Det må dokumenteres hvor lenge man har vært samboere. Samboerskap i Norge kan dokumenteres ved å vise til at man har bodd på samme adresse, noe som gjøres gjennom Folkeregisteret. Men det er imidlertid ikke alltid like greit. I sak 1<sup>65</sup> hos Osloadvokatene var kvinnen ulovlig i riket, derfor hadde hun ikke et norsk personnummer og hadde dermed heller ikke folkeregistrert seg som bosatt i Norge. Selv om paret selv hevdet å ha vært samboere i to år, kunne det etter lovens system ikke dokumenteres, og dermed var ikke vilkårene etter § 23 første ledd bokstav b oppfylt. En del søkere har enten kun vært samboere i utlandet eller

---

<sup>64</sup> Vedlegg 5 til G-99-088

<sup>65</sup> Punkt 6.5.2.1.

er samboere i Norge i tillegg til å ha vært det i utlandet<sup>66</sup>. I disse tilfellene kan det være problemer knyttet til beviseligheten av samboerskapet. I sak 2<sup>67</sup> fra Drøbakadvokatene anførte søkeren og herboende referanse å ha vært samboere i Brasil forut for oppholdet i Norge. Men etter utlendingsmyndighetenes syn var det ikke tilstrekkelig dokumentert at de hadde vært samboere i minst to år. Etter UDIs praksis kan samboerskap i utlandet dokumenteres gjennom blant annet utskrift fra offentlige registre som finnes i landet, felles brev og regninger til samme adresse, standardiserte husleiekontrakter etc. UDI tar stilling til om dokumentene er tilstrekkelig beviselige når de mottar dem<sup>68</sup>.

Dersom man er samboere som har eller venter barn sammen, kan man søke om familiegjenforening etter forskriftens § 24 første ledd bokstav b. Vilåårene etter ordinært regelverk, som her vil være forskriftens §§ 22 og 23, er ikke oppfylt. Formålet med denne bestemmelsen har vært at selv om samboeren kanskje ikke har bodd sammen i to år, så burde de få familiegjenforening fordi de har eller venter barn sammen. I § 24 første ledd er det ramset opp en kategori av søkere som, etter lovgiverens syn, er en mer perifer og mindre beskyttelsesverdig gruppe. Derfor har man etter bestemmelsen ordlyd heller ikke et rettskrav på familiegjenforening, fordi det kun er en "kan" bestemmelse. Men erfaringsmessig så innvilger utlendingsmyndighetene etter denne bestemmelsen, som skissert tidligere i avhandlingen<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> Typisk i søkeren hjemland.

<sup>67</sup> Punkt 6.5.2.2.

<sup>68</sup> Telefonsamtale med en saksbehandler i UDI

<sup>69</sup> Punkt 4.3.

### **6.3.5. Fremsettelse av søknad**

#### **6.3.5.1. Hovedregel**

Det følger av lovens § 6 femte og syvende ledd at arbeids- og oppholdstillatelse må foreligge før innreise. Bakgrunnen for at man har ønsket en slik hovedregel er etter fremmedlovutvalgets mening<sup>70</sup> at:

”det kan bli klarere linjer, mer objektive avgjørelser og færre utgifter i avslagstilfellene”.

Departementet uttaler<sup>71</sup> om bestemmelsen at:

”Det synes ikke urimelig at en utlending som ønsker å slå seg ned i Norge for lengre tid, må ha tatt opp spørsmålet før avreisen fra hjemlandet. Regelen vil gi en mer rettferdig praksis, både fordi den stiller visumfrie og visumpliktige utlendinger likt og fordi det er lettere å behandle alle likt når en slipper det press som ofte oppstår når utlendingen søker etter ankomst og grunnlaget er mer eller mindre tvilsomt”.

I medhold av lovens § 6 sjette ledd er det gitt adgang til å komme med detaljerte regler i forskriften om fremsettelse av søknad. Dette er gjort i forskriftens § 10. Bestemmelsens første ledd presiserer hovedregelen.

#### **6.3.5.2. Unntak fra hovedregelen**

I forskriftens § 10 andre til fjerde ledd er det oppstilt en rekke unntak fra hovedregelen om at tillatelsen må foreligge før innreise. Unntakene i andre ledd knytter seg hovedsakelig til søkere som enten er nære familiemedlemmer til en person bosatt i Norge<sup>72</sup> eller søkere som allerede har lovlig opphold i riket på et annet grunnlag enn som turister. Søkere etter tredje ledd har adgang til å søke om

---

<sup>70</sup> Ot.prp. 46 s. 53

<sup>71</sup> Ot.prp.46 s. 53

<sup>72</sup> Statsborgere og utlendinger med bosettingstillatelse.



arbeidstillatelse fra riket. I fjerde ledd er UDI gitt myndighet til å gjøre unntak for de der nevnte søkere.

De prosessuelle reglene må imidlertid ikke blandes sammen med den materielle vurderingen av en søknad. Selv om det er gitt adgang til å fremsette søknaden fra Norge, betyr det dermed ikke at søknaden også vil bli innvilget. Så fremt forskriftens § 10 andre til femte ledd åpner for å fremme søknad fra riket eller søkeren selv mener han faller inn under et av unntakene så må søknaden i utgangspunktet bli tatt opp til realitetsbehandling, til tross for at det vil bli avslag etter den bestemmelse som det er søkt tillatelse etter<sup>73</sup>.

De unntakene som er relevante i denne avhandlingen etter andre ledd, er bokstaver e og i. I familiegjenforeningssaker etter forskriftens § 23 første ledd bokstav a og b kan søkeren som hovedregel fremme søknad fra riket, jf. forskriftens § 10 andre ledd bokstav e. Tidligere kunne også utlendinger på besøks- og turistvisum søke familiegjenforening fra Norge etter bestemmelsen. Det ble det imidlertid slutt på 01.10.2006. Hvis søkeren er i Norge på visum må vedkommende reise tilbake igjen til hjemlandet og søke om familiegjenforening derifra. I forskriftens § 10 andre ledd litra i er det bestemt at søker som faller inn under § 23 første ledd bokstav i kan fremme søknaden fra riket. Det er hovedsakelig hensynet til barnets beste<sup>74</sup> som begrunner adgangen for mor eller far til å fremme søknad fra riket. I følge rådgiveren og seniorrådgiveren er det stor sett greie saker og ingen spesielle problemstillinger som gjør seg gjeldende ved behandling av disse sakene. Problemene som imidlertid dukker opp består i hvordan utlendingsmyndighetene tolker forskriftens § 23 første ledd bokstav i.

---

<sup>73</sup> Samtale med seniorrådgiver

<sup>74</sup> Punkt 5.4.

Dersom man ikke fyller vilkårene i forskriftens § 23 første ledd bokstav b men har barn sammen kan man søke familiegjenforening etter § 24 første ledd bokstav b<sup>75</sup>. Det er imidlertid i disse tilfellene ikke gjort unntak fra hovedregelen i forskriftens § 10 første ledd. Utgangspunktet vil her som ellers være at man ber søkeren om å fremme søknaden fra hjemlandet eller det landet hvor søkeren har oppholdt seg lovlig de siste seks månedene, jf. forskriftens § 11 annet ledd. Siden det er barn involvert i disse sakene er man likevel pålagt å vurdere om skjønnsmessige hensyn tilsier at søkeren likevel bør kunne fremsette søknaden fra Norge etter forskriftens § 10 femte ledd. Ordlyden, "sterke rimelighetsgrunner", tilsier at det er en snever unntaksbestemmelse. Hovedregelen er at tillatelsen skal søkes fra hjemlandet, og lovgiveren har bevisst oppstilt kategorier av søkere som har fått adgang til å søke tillatelse fra riket. Det er dermed ikke tilstrekkelig at en søker "nesten" faller inn under et eller flere av unntakene i andre til fjerde ledd for at femte ledd skal få anvendelse. I henhold til Oslo tingretts dom av 25.02.2002, som har støtte i dom av Eidsivating lagmannsrett av 29.04.1992 og kjennelse fra Borgarting lagmannsrett av 20.09.2001, skal det "forholdsvis ekstraordinære forhold til", før en kan konstatere at det foreligger "sterke rimelighetsgrunner".

Utrykket "sterke rimelighetsgrunner" viser til skjønn. Det kan variere fra sak til sak hvor vanskelig det vil være for familien å følge de ordinære søknadsprosedyrene. Momenter ved vurderingen her er etter forvaltningspraksis blant annet hvor langt og vanskelig det vil bli for søkeren å reise hjem igjen og fremme søknaden fra hjemlandet. Det blir foretatt en helhetsvurdering av konkrete forhold i den enkelte sak. Hvis man f.eks. er en kvinne som nettopp har født et barn, vil det være avgjørende hvordan helsetilbudet er i landet man bes fremme søknaden fra. Det er mer problematisk å ta med et barn til et område med en helt annen bakterieflora, sykdomssituasjon, helsevesen etc. med tanke på det vaksineprogrammet som barnet vil gjennomgå i Norge enn å ta det med til f.eks. et naboland med et velutviklet helsetilbud. Ofte i § 24 første ledd bokstav b sakene er barn på vei og

---

<sup>75</sup> Punkt 6.5.4.

man må derfor se hen til graden av graviditet og en del andre skjæringspunkter som kan være interessante etter en § 10 femte ledd vurdering. Transportdyktighet for mor er et viktig moment ved vurderingen. En rekke flyselskaper anbefaler ikke gravide kvinner å reise når de er kommet over 7 mnd i graviditeten. Det er også en praksis som UDI har lagt seg på også<sup>76</sup>.

I følge seniorrådgiveren er det i forhold til § 24 første ledd bokstav b de mest kompliserte § 10 femte ledd - sakene kommer inn. Lovgiveren har imidlertid ikke gjort et generelt unntak fra hovedregelen i forskriftens § 10 første ledd når det gjelder søknader fra barn eller som involverer barn. Ved vurdering av "sterke rimelighetsgrunner" blir det etter forvaltningens praksis lagt vekt på hensynet til barnets beste<sup>77</sup> og hensynet til familiens enhet<sup>78</sup>. Men det er også andre hensyn som må tas i betraktning, som f.eks. innvandringspolitiske hensyn<sup>79</sup>.

Nemnda uttalte i sak 2<sup>80</sup> at:

Nemnda kan ikke se at det foreligger opplysninger i saken som tilsier at en midlertidig splittelse av familien vil få konsekvenser utover det som er vanlig. Det vises her til at klageren har anledning til å ta med sitt barn til hjemlandet eller kan opprettholde kontakt med sitt barn gjennom telefon og brev, samt at samboer og barn kan besøke klager i hjemlandet i forbindelse med søknadsprosessen. I denne sammenheng bemerkes det at økonomiske og praktiske forhold i forbindelse med fremsettelse av ny søknad fra hjemlandet, etter fast og etablert praksis ikke er å anse som en sterk rimelighetsgrunn

Rådgiveren innrømmet at regelverket slår litt urimelig ut når det gjelder barnefamiliers mulighet til å søke fra riket. Mor i sak 2 returnerte til Brasil sammen med sitt norske barn for å søke fra hjemlandet. Saken slår ut urimelig for det første

---

<sup>76</sup> Seniorrådgiverens uttalelse

<sup>77</sup> Punkt 5.4.

<sup>78</sup> Punkt 5.5.

<sup>79</sup> Seniorrådgiverens uttalelse. Se også punkt 5.2.

<sup>80</sup> Punkt 6.5.2.2.

fordi det er en kulant sak hvor mor før eller siden vil få komme til Norge. For det andre fører praksisen til at ikke bare moren, men også den norske borgeren tvinges ut av landet sammen med mor. Sistnevnte er også tilfellet i sak 1<sup>81</sup>. For søkerer er det av stor betydning om man kan få søkt tillatelsen fra Norge eller ikke. I dag ligger saksbehandlingstiden for familiegjenforeningssaker på opp til 12 måneder og kan overstige et år i spesielle tilfeller<sup>82</sup>. Dersom utlendingsmyndighetene baserer sine avgjørelser på en strengere praksis enn det er hjemmel for i loven og forskriften, fører det til en ulovlig splittelse av familien. I tillegg stiller de norske myndighetene søkeren i større økonomiske og praktiske vanskeligheter enn det er behov for.

#### **6.3.5.3. Et krav om lovlig opphold for å falle inn under unntakene i § 10 annet ledd?**

UDI anfører i oversendelsesbrevet i sak 1<sup>83</sup> at:

”lovlig opphold i riket på søknadstidspunktet er en forutsetning for å falle inn under forskriftens § 10 annet ledd, og forskriftens § 10 annet ledd litra i følgelig ikke kommer til anvendelse”.

I sak 2<sup>84</sup>, hvor forskriftens § 10 annet ledd bokstav i også var påberopt, hadde ikke søker oppholdt seg ulovlig i Norge. Ellers var forholdene i saken identiske med sak 1. UDI begrunnet avslaget i sak 2 med at § 23 litra i ikke kunne komme til anvendelse siden barnets foreldre bodde sammen. Så selv om søkeren i sak 1 hadde oppholdt seg lovlig i riket, ville ikke § 23 første ledd bokstav i kommet til anvendelse etter UDIs praksis.

---

<sup>81</sup> Punkt 6.5.2.1.

<sup>82</sup> <http://www.udi.no/templates/Page.aspx?id=8650>

<sup>83</sup> Punkt 6.5.2.1.

<sup>84</sup> Punkt 6.5.2.1.

I UNEs praksisbase kan man lese flere sammendrag hvor UDI har uttalt at etter direktoratets praksis er det et krav om at klageren har lovlig opphold i landet for å komme inn under unntakene i forskriftens § 10 annet ledd<sup>85</sup>. Denne praksisen er ikke UNE enig i. I en sak fra 2008<sup>86</sup> uttaler UNE:

”Nemnda er enig i at hensynet til sammenhengen i regelverket tilsier at det bør være en forutsetning om lovlig opphold på søknadstidspunktet for å falle inn under § 10 annet ledd, for blant annet å forhindre at personer med ulovlig opphold får en bedre rettstilling enn personer som oppholder seg på besøksvisum.

Nemnda bemerker imidlertid at et krav om at klageren må ha lovlig opphold på søknadstidspunktet verken fremgår av utlendingsloven eller utlendingsforskriften.

Nemnda anser det som meget tvilsomt om et slik krav kan innfortolkes i forskriftens § 10 annet ledd bokstav e. Det vises til at krav om lovlig opphold fremgår eksplisitt av ordlyden i forskriftens § 10 annet ledd bokstav a nr. 1 og at det derfor er ikke naturlig å innfortolke dette kravet i andre deler av samme bestemmelse hvor kravet ikke fremgår av ordlyden. Det vises videre til at praksis, før forskriftsendring, ikke innebar et krav om lovlig opphold for å kunne søke fra riket etter bestemmelsen. Nemnda mener at innrettelseshensynet tilsier at det må utvises varsomhet med å tolke oppstilte unntak innskrenkende til ulempe for en søker. Kravet om at en søker må ha lovlig opphold på søknadstidspunktet for å falle inn under forskriftens § 10 annet ledd bokstav e, bør således etter nemnda vurdering fremgå klart av bestemmelsens ordlyd”.

I alt 39 saker hvor UNE kom frem til et annet resultat enn UDI, i klager over § 10 sakene, var 26 saker begrunnet i at UNE har en annen tolkning av regelverket enn UDI i saker som omhandler søknad om familiegjengenforening fra riket med ektefelle når klageren har ulovlig opphold<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> UNEs praksisbase: 5561600624, 6058172421

<sup>86</sup> UNEs praksisbase: 6058172421

<sup>87</sup> Punkt 2.3.

Som vi ser er UNE og UDI uenige om det kan stilles et krav om lovlig opphold for å falle inn under unntakene i forskriftens § 10 annet ledd bokstav b følgende. I tilfelle en søker som har fått avslag på formelt grunnlag fra UDI, klager inn vedtaket til UNE, vil vedkommende vinne frem. Derimot vil søkere som ikke kjenner til dette avviket innad i forvaltningen og heller ikke klager, måtte rette seg etter vedtak fra UDI. Dette er svært uheldig for rettssikkerheten til søkerne og skaper stor usikkerhet med hensyn til rettstilstanden. Også det forhold at UNE er et overordnet organ, taler for at UDI bør følge klageorganets praksis.

Jeg er enig i UNEs argumentasjon om at innrettelseshensynet taler imot å tolke oppstilte unntak innskrenkende til ugunst for søkeren. Som jeg har vært inne på tidligere stiller jeg meg betenkelig til at forvaltningen tolker bestemmelser innskrenkende eller utvidende til ulempe for søkeren<sup>88</sup>.

#### **6.3.5.4. Konsekvenser av at man søker i strid med forskriftens § 10**

Hvis søkeren fremsetter søknad fra Norge til tross for at han ikke er gitt adgang til det etter lovens system, vil søknaden bli avslått på "dette grunnlag"<sup>89</sup>. Dette kalles avslag på formelt grunnlag. Søkeren må fremsette ny søknad fra hjemlandet eller det land hvor han har hatt lovlig opphold de siste seks månedene<sup>90</sup>, for å få det materielle grunnlaget for søknaden vurdert av immigrasjonsmyndighetene. I de tilfellene hvor UDI ser at det er en klar omgåelse av reglene, eller søkeren ønsker å forlenge sitt opphold i riket ved å søke fra Norge på et grunnlag vedkommende klart ikke oppfyller, så vil det også bli gitt avslag på formelt grunnlag. I et tilfelle hvor UDI ser at det klart vil bli avslag etter den bestemmelsen det er søkt etter, kan

---

<sup>88</sup> Punkt 6.3.2.

<sup>89</sup> Forskriftens § 10 sjette ledd

<sup>90</sup> Forskriftens § 11 annet ledd

de ta saken til realitetsbehandling selv om det egentlig skulle vært gitt avslag på formelt grunnlag<sup>91</sup>.

Om forskriftens § 10 uttaler departementet at:

”Dersom bestemmelsen skal virke etter sin hensikt, må det aksepteres at den blir håndhevet forholdsvis konsekvent, selv om det ut fra en isolert vurdering kan virke noe firkantet”.

### 6.3.6. Den nye utlendingsloven

Et spørsmål er om den nye utlendingsloven regulerer de tilfellene hvor søker med norsk barn bor sammen eller er gift med barnets andre forelder.

Forskriftens § 23 første ledd bokstav i er regulert i den nye lovens § 44. I bestemmelsens første ledd er det bestemt at:

”En søker som er mor eller far til norsk barn under 18 år som søkeren har foreldreansvaret for og bor fast sammen med, har rett til oppholdstillatelse for å **bo sammen med barnet i Norge** [red. uthv.].

Formålet med oppholdstillatelsen må etter lovens ordlyd være å bo sammen med barnet. Spørsmålet blir om det har noen betydning at søkeren i tillegg bor sammen med eller er gift med barnets andre forelder. Også ordlyden i den nye bestemmelsen er taus om dette spørsmålet. I forarbeidene til den nye og gamle loven kan man ikke finne noen uttalelse om at dersom søkeren har ektefelle eller samboer i riket så må man primært søke familiegjenforening med den, og ved samlivsbrudd med barnet. Det er derimot uttalt at man må være oppmerksom på å utforme bestemmelsen på en slik måte at den ikke åpner for innvandring på

---

<sup>91</sup> Samtale med seniorrådgiver

grunnlag av bigame forhold. Som jeg i tillegg har vært inne på tidligere, er bakgrunnen for at forskriften har blitt endret at man har sett faren for innvandring i bigamitilfellene. Det er vanskelig å tro, at lovgiverens intensjoner har vært å vanskeliggjøre familiegjenforening for barnefamilier i Norge.

I forarbeidene til den nye loven er det uttalt<sup>92</sup> at:

”Det foreslås å innta i loven (§ 44) en videreføring av utlendingsforskriftens bestemmelse om rett til familiegjenforening for mor eller far til norsk barn som søkeren har foreldreansvaret for og som bor fast sammen med søkeren. **Men det skal ikke lenger være et generelt og absolutt hinder for familiegjenforening at søkeren har ektefelle eller samboer** [red. uthv.]”

Spørsmålet blir om det her er tale om vilkåret i forskriftens § 23 første ledd bokstav i, om at ”søkeren ikke må ha ektefelle eller samboer på tidspunktet for innreise i riket”, eller også senere sånn som vi har sett i sak 2<sup>93</sup>. Utvalget<sup>94</sup> drøfter bare et unntak fra retten til familiegjenforening etter forskriftens § 23 første ledd bokstav i, og det er i de tilfellene hvor søkeren ”har ektefelle eller samboer på tidspunkt for innreise i riket”. I departementet vurdering i forarbeidene uttales det at:

”Departementet er også enig i at unntaksbestemmelsen bør lempes, slik at det ikke lenger skal være et generelt og absolutt hinder for familiegjenforening at søkeren har ektefelle eller samboer”.

Sammenhengen i forarbeidene taler for at det siktes til vilkåret om at ”søkeren ikke må ha ektefelle eller samboer på tidspunkt for innreise i riket”. Det kan stilles spørsmålstegn ved hvorfor et utvalg som har fått i oppdrag å utrede og utarbeide forslag til ny utlendingslov eller departementet ikke har gått inn på et så viktig unntak som oppstilles etter forarbeidene til forskriften og forvaltningens praksis. En

---

<sup>92</sup> Innst. O. nr 42 – 2007-2008 s. 35

<sup>93</sup> Punkt. 6.5.2.2.

<sup>94</sup> Ot.prp. nr 75 s. 211



mulig grunn kan for det første være at ordlyden i forskriftens bestemmelse er klar og bare oppstiller et unntak. For det andre kan det skyldes at forarbeidene til forskriften har ligget litt i bakgrunnen for utvalget og departementet. For det tredje kan det skyldes at man frem til nå har latt forvaltningens praksis gå sin gang uten å ha gjort offentligheten kjent med den.

I bestemmelsens annet ledd er det slått fast at:

”Oppholdstillatelse **kan** [red. uthv.] likevel nektes dersom dette ville lede til at søkeren ville bli gjenforent med en herboende ektefelle som allerede er gift med eller samboer med en annen person her. Det samme gjelder dersom søkeren og herboende forelderen ikke er gift på søknadstidspunktet, men det på et tidligere tidspunkt har bestått et bigamt forhold mellom søkeren, den herboende forelderen og dennes nåværende ektefelle eller samboer.”

Selv i de tilfellene det er fare for innvandring i bigamitilfellene har den nye loven ikke gitt et absolutt forbud mot familiegjenforening for mor eller far til norsk barn. Etter lovgiveres oppfatning<sup>95</sup> kan ikke hensynet til å forhindre innvandring på grunnlag av bigame forhold alene være avgjørende for å oppstille et generelt unntak fra bestemmelsen. Slik jeg ser det er det en rekke andre viktige hensyn som må få betydning etter bestemmelse, som f.eks. det norske barnets mulighet til å utøve familieliv med sin nærmeste familie i Norge<sup>96</sup>.

Etter dette kan det konkluderes med at den nye utlendingsloven ikke regulerer de tilfellene hvor søker med barn bor sammen med eller er gift med barnets andre forelder.

---

<sup>95</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 213.

<sup>96</sup> Punkt 5.4.

### **6.3.7. Vurdering av om man bør la forskriftens § 23 første ledd bokstav i komme til anvendelse i de tilfellene hvor foreldrene til det norske barnet er gift eller bor sammen**

Det er en rekke momenter som taler for og imot at man bør la søkere med norsk barn som er gift eller samboere med barnets andre forelder søke etter forskriftens § 23 første ledd bokstav i. I det følgende skal jeg redegjøre for og vurdere disse momentene.

#### **6.3.7.1. Forskriftbestemmelsens ordlyd**

Det er etter forskriftens § 23 første ledd bokstav i oppstilt fire vilkår som alle må være oppfylt for å kunne søke familiegjenforening etter bestemmelsen<sup>97</sup>. Dersom søkeren er mor eller far til et norsk barn, har foreldreansvaret for barnet som bor fast sammen med søkeren og søkeren ikke hadde ektefelle eller samboer på tidspunktet for innreise, vil man jo tro at søkeren har krav på familiegjenforening etter bestemmelsen. Slik er det imidlertid ikke etter forarbeidene til forskriften og utlendingsmyndighetenes praksis<sup>98</sup>.

Seniorrådgiveren er enig i at man kan trekke inn tilfeller hvor søkeren bor sammen med det norske barnets andre forelder hvis man leser bestemmelsen ordrett. Men etter hans oppfatning er man dristig når man prøver seg på en slik fortolkning. Og uttaler videre<sup>99</sup>:

”Men selvfølgelig jeg ser jo, og det er ting man har diskutert internt, så vil folk ha sett det med ordlyden. Men det er helt uproblematisk ut ifra min opplevelse i andre saker enn der hvor typisk advokat finner forskriften, og føler seg lur og finner smutthull i regelverket. Og smutthull, da er du kjapt over i et sånt omgåelsesproblematikk, at man velger den løsningen, for da tar man litt rotta på lovgiveren og da gjelder ikke alle

---

<sup>97</sup> Punkt 6.1.

<sup>98</sup> Punkt 6.5.1.

<sup>99</sup> Skrevet av etter opptak på lydopptaker.

vilkårene som lovgiveren har satt opp likevel, så da går vi klar for underholdskrav og kan søke fra riket uten videre - det er spenstig fortolkning jeg ser da. Men jeg ser jo selvfølgelig at man kan lese forskriften sånn”.

Å lese forskriftens § 23 første ledd bokstav i nøyaktig vil altså etter seniorrådgiverens syn være en måte å arrestere lovgiveren på. Det vil etter hans oppfatning bli illojalt mot lovgiveren og hva som er intensjonene med forskriften, hvis man finner en åpning for det i loven og bruker bestemmelsen slik at også ektefeller og samboer med barn kan få familiegjengenforening etter bestemmelsen. Etter forvaltningens syn er det ikke den situasjonen lovgiver har tenkt på, for de vil bli dekket av bokstav a og b, og ikke bokstav i.

Lovgiverens intensjoner med forskriften og endringen i 1999, har jeg allerede vært inne på<sup>100</sup> og kommer tilbake til senere<sup>101</sup>. Det er imidlertid enighet om at bestemmelsen etter sin ordlyd kan forstås slik at også ektefeller eller samboere med norsk barn kan få familiegjengenforening etter bestemmelsen. Til tross for at forvaltningen har sett at ordlyden etter deres oppfatning er misvisende og ikke i tråd med deres praksis, er det kritikkverdig at de ikke har gjort lovgiveren oppmerksom på det<sup>102</sup>. Det er ikke sjelden forskriftsbestemmelsene er gjenstand for endring, så dersom lovgiveren ønsket en forandring så kunne det vært gjort.

#### **6.3.7.2. Underholdskravet**<sup>103</sup>

Etter forskriftens § 23 første ledd bokstav a og b må underhold som regel være sikret, jf. forskriftens § 25. Ved gjenforening med barn er det ikke et krav om underhold, jf. § 25 fjerde ledd bokstav b.

---

<sup>100</sup> Punkt 6.3.

<sup>101</sup> Punkt 6.5.7.2.

<sup>102</sup> Punkt 6.5.6.

<sup>103</sup> Punkt 4.2.1.

En mulig konsekvens av at man åpner for at det norske barnets forelder som er gift eller samboere med barnets andre forelder kan søke etter § 23 første ledd bokstav i, vil etter seniorrådgiverens oppfatning resultere i en svekkelse av reglene om underhold. For en søker som både har ektefelle eller samboer, og barn, i riket ville det blitt mer gunstig å søke gjenforening med barn i stedet for ektefelle eller samboer for å omgå reglene om underhold. Til tross for en ordlyd som sier noe annet mener seniorrådgiveren at de aller fleste som forholder seg til regelverket i publikum og som har ektefelle eller samboer vet at det er denne man må søke familiegjenforening med. Det er ifølge han ikke noen stor kilde til misforståelse. Seniorrådgiveren uttaler videre<sup>104</sup>:

”Men jeg tror det kan bli et problem når man på måte, gjerne ved hjelp av rettshjelpere eller folk som tar store penger for å hjelpe folk, finner det i regelverket, og finner på en måte en åpning. Og jeg tror det er i de situasjonene man vil på en måte komme på tanken i det hele tatt og gå for en sånn løsning. Og det er åpenbart ikke en sånn situasjon man har sett for seg da man lagde forskriften og det er ikke den personkrets man skal tilgodese, de blir tilgodesett på andre måter. Og de bestemmelsene vi har, både 23 (1) i og 23 (1) j, er beregnet på én forelder og barn, det er ikke noen kjernefamiliebestemmelse i klassisk forstand”.

Tidligere hadde søker med norsk ektefelle eller samboer adgang til å søke familiegjenforening med norsk barn etter forskriftens § 23 første ledd bokstav i<sup>105</sup>. Lovgiveren foretok en endring, fordi man så faren for innvandring i bigamitilfellene. På tross av søk, har jeg ikke funnet noen uttalelse hvor Justisdepartementet har ytret at formålet med lovendringen har vært å styrke reglene om underhold. Utrykket ”bestemmelsens formål” brukes i stor utstrekning om både formål som man finner uttrykkelig uttalt i forarbeider til loven, forskriften etc., samt formål som man selv mener en bestemmelse kan eller bør brukes til å fremme<sup>106</sup>. Ofte er det

---

<sup>104</sup> Skrevet av etter opptak på lydopptaker.

<sup>105</sup> Punkt 6.3.

<sup>106</sup> Reelle hensyn

vanskelig å skille mellom hva man har fra lovgiverens side og hva man selv har tilsiktet som formål med en bestemmelse. Det er imidlertid ønskelig å ikke tilskrive lovgiveren formål som man selv mener loven burde ha.

### **6.3.7.3. Forskriftens § 24 første ledd bokstav b**

Etter forskriftens § 24 første ledd bokstav b er det ikke gjort unntak fra hovedregelen i forskriftens § 10 første ledd<sup>107</sup>. Det er heller ikke gjort et generelt unntak fra § 10 første ledd når det gjelder søknader fra barn eller som involverer barn. Imidlertid bestemmer barnekonvensjonens art. 10 første ledd at søknader fra barn eller som involverer barn skal behandles på en "positiv, human og rask måte"<sup>108</sup>. Det kan spørres om søknaden i sak 2<sup>109</sup> ble behandlet på en positiv og rask måte.

Et spørsmål for seg blir hvorfor lovgiveren har gitt forskriftens § 24 første ledd bokstav b, dersom samboere med barn også kunne søkt etter forskriftens § 23 første ledd bokstav i. Forskriften § 24 første ledd bokstav b gjelder samboere med både norske og utenlandske barn. Forskriftens § 23 første ledd bokstav i gjelder kun mor eller far til et norsk barn. Akkurat som loven gir et bedre vern til borgere med bosettingstillatelse og statsborgerskap i Norge<sup>110</sup>, vil jeg anta at det har vært meningen at norske barn skal gis bedre vern enn andre utenlandske barn. Barn som er norske borgere må få mulighet til å utøve familieliv med sin nærmeste familie i Norge.

---

<sup>107</sup> Punkt 6.5.5.2.

<sup>108</sup> Punkt 6.4.

<sup>109</sup> Punkt 6.5.2.2. og 6.5.5.2.

<sup>110</sup> Se f.eks. lovens § 30 som gir bedre vern mot utvisning til utlendinger som er født og oppvokst i riket, og de som har bosettingstillatelse.

#### **6.3.7.4. Hensynet til barnets beste<sup>111</sup> og familiens enhet<sup>112</sup>**

Etter UDIs praksis kommer forskriftens § 23 første ledd bokstav i bare til anvendelse i de situasjoner hvor det er brudd mellom barnets foreldre, eller der et samboerforhold ikke består. Seniorrådgiveren bemerket at:

”... hvis ditt formål er å leve sammen med ektefeller og samboer så vil det være det primære... Barn er noe som kommer etterpå som et produkt av forholdet. Og vi har jo egne bestemmelser som gjelder dette her med forholdet mellom barn og en forelder, og egne bestemmelser som gjelder forholdet mellom foreldrene. Det er ingen huller der. Altså jeg ser på en måte heller ikke behovet for å bruke 23 (1) i, slik som du skisserer, annet enn å omgå reglene om underholds krav”.

Når gifte eller samboende foreldre med barn søker familiegjening etter forskriftens § 23 første ledd bokstav i, kan man med stor sannsynlighet anta at det skyldes at de ønsker å bo sammen som familie. Det er veldig vanskelig, om ikke umulig, for en familie å skille mellom medlemmene i familien og bestemme hvem de ønsker å bo mest sammen med. Hvis f.eks. mor ikke får innvilget oppholdstillatelse fordi mor og far ikke oppfyller bokravet etter forskriftens § 23 første ledd bokstav b, er det naturlig å finne andre løsninger slik at familien kan bo sammen som en enhet. Det vil være like naturlig, om ikke mer naturlig, å søke med barnet i stedet. Relasjonen med barnet blir ikke borte, men et forhold kan ta slutt.

Det kan også spørres om en forelder som mener at hovedformålet i Norge er å bo sammen med barnet må flytte fra samboeren eller skille seg fra ektefellen for å få familiegjening med barnet. Resultatet vil i fall være splittelse av en hel familie. Det vil være foruroligende hvis myndighetene dropper hensynet til familiens enhet fordi sammenhengen i regelverket sier noe annet.

---

<sup>111</sup> Punkt 5.4.

<sup>112</sup> Punkt 5.3.

Det er hensynet til barnets beste som begrunner bestemmelsen. Det er vanskelig å se noen begrunnelse for å hevde at familiebåndene mellom barn og foreldre er mindre nære fordi barnets mor og far ønsker å bo sammen. Hvis barn kun skal være "vedheng" til foreldrenes sak, sier det seg selv at de står rettsikkerhetsmessig svakt i utlendingssaker.

#### **6.3.7.5. Juridisk metode**

Etter juridisk metode skal ordlyden i lover og forskrifter veie tyngre enn forarbeider, dersom de peker i forskjellige retninger. Som vi har vært inne på, taler forskriftens ordlyd for at også søkeren som er gift eller samboende med det norske barnets andre forelder kan søke familieegjenforening fra riket<sup>113</sup>. Unntak som gjøres etter forvaltningens praksis er begrunnet i forarbeidene til forskriften.

I sak 2<sup>114</sup> begrunnet saksbehandleren sin avgjørelse ved å vise til et brev fra Justisdepartementet av 14.11.1996 med referansen JD 96/3703 punkt 1.1. Jeg kontaktet Kommunal- og regionaldepartementet for å få tak i brevet, ettersom de i 2001 overtok avdelingen for utlendingsloven fra Justisdepartementet. De ba meg kontakte Justisdepartementet siden det måtte være de som hadde arkivert brevet hos seg. Justisdepartementet henviste meg tilbake til Kommunal – og regionaldepartementet da de hadde overført alle arkiverte brev til de nye ansvarlige. Det endte opp med at ingen av departementene kunne hjelpe meg med søket. Jeg tok derfor kontakt med UDI som internt tok kontakt med saksbehandleren i sak 2. Det viste seg at brevet i utgangpunktet var et høringsbrev fra Justisdepartementet angående forslag til endringer i utlendingsforskriften, og at det var lagt som vedlegg 5 til rundskriv G-99-088 som en del av forarbeidene til forskriften. Selv om jeg snart er ferdig utdannet jurist, og hadde referansen på brevet, var det vanskelig for meg å finne frem. Da jeg spurte rådgiveren i UDI om

---

<sup>113</sup> Punkt 6.5.7.1.

<sup>114</sup> Punkt. 6.5.2.2.

hun kjente til forarbeidene til utlendingsforskriften, uttalte hun at saksbehandlerne jobber etter etablert forvaltningspraksis som baserer seg på forarbeidene. Så selv om de ikke jobber aktivt med forarbeider, bygger etablert praksis på disse forarbeidene.

Utlendingsloven og utlendingsforskriften er svært fragmentarisk oppbygd, så de er i seg selv vanskelig å finne frem i. Dersom man i tillegg nedfeller viktige kriterier for å få en tillatelse etter loven i forarbeider til en forskrift, sier det seg selv at det er noe "mannen i gata" ikke har noen forutsetninger å sette seg inn i. Det er forskriften som gir rettigheter og plikter, og da er det naturlig at det er forskriftens ordlyd folk må forholde seg til. Det virker derfor svært urimelig at en diffus henvisning til forskriftens forarbeider og egen praksis skal medføre at søkerens rett etter forskriften skal vike.

#### **6.3.7.6. Øvrige hensyn**

Legalitetsprinsippet er et viktig hensyn på utlendingsrettens område. Jo mer inngripende et vedtaket er for søkeren, jo mer kreves av hjemmel i lov og forskrift. Stortinget bestemmer hovedlinjene for innvandringsreguleringen, jf. lovens § 5 første ledd. Arbeids- og inkluderingsdepartementet er gitt hjemmel til å komme med utfyllende regler i forskriftsform, jf. lovens § 5 andre ledd. Departementet kan imidlertid ikke innfortolke ytterligere vilkår i en forskriftsbestemmelse, som de nedfeller i forarbeidene til en forskrift. Jeg vil hevde at de ikke har adgang til det og at det strider mot legalitetsprinsippet. Dersom det skal oppstilles ytterligere vilkår etter en forskriftsbestemmelse, må disse fastsettes uttrykkelig i forskriften.

Ordlyden i forskriften er det naturlige utgangspunktet for rettsanvendere og kanskje det eneste holdepunktet for vanlige folk. Uoversiktlig regelverk svekker søkerens forutberegnelighet. Advokater og andre rettsanvendere vil nok kunne hevde at ordlyden er soleklar, og at lovgiveren har ment at også søkere med ektefelle og



samboer som er det norske barnets forelder kan søke etter bestemmelsen. UDI hevder på sin side at ordlyden er misvisende. Det bør i alle fall være enighet om at forskriften bør utformes slik at hensynet til klarhet og forutberegnelighet ivaretas bedre på dette området. I den grad ordlyden ikke er klar, taler rettssikkerhetsprinsippet og legalitetsprinsippet for at man ikke skal tolke bestemmelsen til ugunst for søkere. Slik bestemmelsen blir benyttet i praksis i dag, fører til at familier som holder sammen stilles svakere enn de som ikke bor sammen. Reelle hensyn taler derfor i sterk grad for at mor eller far som er gift eller samboer med det norske barnets forelder skal få søke etter forskriftens § 23 første ledd bokstav i.

#### **6.3.7.7. Konklusjon**

Dersom søker som er gift eller samboer med det norske barnets andre forelder ikke kan søke familiegjenforening etter forskriftens § 23 første ledd bokstav i, bør i alle fall ordlyden i forskriftens bestemmelse endres. Underholdskravet er et grunnvilkår i saker om familiegjenforening, men lovgiveren har bevisst åpnet opp for at det kan dispenseres fra dette kravet i forhold til blant annet barn<sup>115</sup>.

Seniorrådgiverens uttalelse om at en åpning i forskriftens § 23 første ledd bokstav i for gifte eller samboende foreldre vil svekke reglene om underhold, kan ikke alene begrunne UDIs praksis. Det er viktig å se på bakgrunnen for at man har en bestemmelse og formålet med de endringene lovgiveren foretar. På den ene siden leser ikke UDI forskriftens bestemmelse etter sin ordlyd<sup>116</sup>, men på den annen side følger de ordlyden i forarbeidene til forskriften ordrett uten å se på bakgrunnen for hvorfor den er skrevet slik.

---

<sup>115</sup> Punkt 4.2.1.

<sup>116</sup> Punkt 6.3.2.

Hensynet til barnets<sup>117</sup> beste taler i sterk grad for at barnet må synliggjøres i disse sakene og ikke kun bli sett på som ”vedheng” til foreldrenes søknad om familiegjennforening. Utlendingsmyndighetene kan heller ikke se helt bort fra hensynet til familiens enhet<sup>118</sup> bare fordi sammenhengen i regelverket taler for en annen løsning. Juridisk metode og reelle hensyn taler for at søkere bør kunne forholde seg til forskriftens ordlyd. Det svekker deres rettssikkerhet når det opprettes en praksis i strid med ordlyden som begrunnes i kilder som er svært vanskelig tilgjengelige for dem det gjelder. Legalitetsprinsippet taler også mot utlendingsmyndighetenes praktisering av forskriftens § 23 første ledd bokstav i.

Konklusjonen min blir derfor at søkere bør få innvilget familiegjennforening etter forskriftens § 23 første ledd bokstav i selv om vedkommende er gift eller samboer med det norske barnets andre forelder.

---

<sup>117</sup> Punkt 5.4.

<sup>118</sup> Punkt 5.3.

## **7. Retten til familiegjenforening etter forskriftens § 23 første ledd bokstav j**

### **7.1. Innledning**

Mor eller far, til barn som oppholder seg i Norge med fast bosted hos den andre forelder, kan etter nærmere bestemte vilkår få innvilget familiegjenforening med barnet. Det er for det første et vilkår at søkeren har hatt lovlig opphold i Norge det siste året. For det andre er det et vilkår at det er inngått samværsavtale av et visst omfang. For det tredje er det et vilkår at den inngåtte avtalen følges.

Formålet med bestemmelsen er å åpne for familiegjenforening med barn etter samlivsbrudd i de tilfeller hvor utlendingen først har hatt tillatelse på grunnlag av ekteskap eller samboerskap<sup>119</sup>. Meningen er at barn skal ha mulighet til å opprettholde kontakt med begge foreldrene selv om foreldrene velger å gå fra hverandre.

Lagmannsretten uttaler i en avgjørelse<sup>120</sup>:

”Retten til samvær med begge foreldrene er begrunnet i at det normalt anses for å ha stor verdi for barnet å ha stabil og god kontakt med begge foreldrene. Dersom det av utenforliggende årsaker ikke er anledning til å etablere en hyppig og regelmessig kontakt, vil det normalt være av verdi for barnet å opprettholde en viss kontakt med den andre forelder, slik at barnet i det minste sikres kjennskap til sitt opphav. Slikt samvær vil kunne være av særlig betydning for barn som har foreldre med forskjellig kulturell bakgrunn”.

---

<sup>119</sup> Seniorrådgiverens uttalelse

<sup>120</sup> LE-2005-109716

Departementet uttaler i forarbeidene til den nye loven at selv om ordlyden i den nye bestemmelsen<sup>121</sup>, som regulerer den gamle § 23 første ledd bokstav j, er noe endret, har det ikke vært meningen å endre gjeldende rett<sup>122</sup>.

## **7.2. Påberopelse av bestemmelsen som et skalkeskjul for å få oppholdstillatelse i landet.**

Utlendingsmyndighetene erfarer i noen saker at søkeren ikke har et reelt ønske om å opprettholde samværet med sitt barn. Samværsavtaler blir inngått uten at disse blir fulgt opp. Det blir søkt om fornyelse på grunnlag av samvær og hevdet at avtalen nå skal følges. Men formålet med oppholdet synes å være noe helt annet enn samvær med barn, antakelig arbeidstilbud e.l. Seniorrådgiveren forteller om situasjoner hvor barnet blir brukt i en kamp om å få en oppholdstillatelse i Norge. Utlendingsmyndighetene får melding fra forelder med ansvaret for barnet at søkeren, typisk far, får mer interesse for barnet forut for fornyelse og glemmer barnet resten av året.

Aktuelle problemstillinger i saker vedrørende samvær med barn er hva utlendingsmyndighetene skal gjøre hvis samværet ikke har vært oppfylt som forutsatt. Dilemmaet blir om samværsforelder skal få fortsette å bo i Norge av hensyn til barnets rett til kontakt med begge foreldre, eller om tillatelsen umiddelbart skal trekkes tilbake. Spørsmålet blir hvor lenge utlendingsmyndighetene skal vente på at samværsforelder kanskje en dag i fremtiden skal oppfylle samværsretten<sup>123</sup>. I følge rådgiveren er saker knyttet til forskriftens § 23 første ledd bokstav j ganske problematiske. Siden disse saken involverer barn kan de være vanskelige å avslå.

---

<sup>121</sup> Den nye utlendingslovens § 52

<sup>122</sup> Innst. O. nr. 42 s. 35 pkt. 8.1.10

<sup>123</sup> Bakgrunnsnotat til UDIs vårkonferanse 2006

### **7.3. Vilkåret om å ha hatt lovlig tillatelse det siste året.**

#### **7.3.1. Innledning**

Forskriften setter som et vilkår at søkeren må ha oppholdt seg i riket med tillatelse et år forut for fremsettelse av søknad etter forskriftens § 23 første ledd bokstav j. Dette vilkåret er det noen søkere som ikke oppfyller, selv om de har et godt samvær med barn og oppfyller de andre forutsetningene.

#### **7.3.2. Mulige årsaker til at vilkåret ikke er oppfylt**

Grunnen til at vilkåret ikke er oppfylt kan blant annet være at man ikke har søkt tillatelse i tide. Dersom man oppfyller vilkårene som følger av forskriftens §§ 33-37 har man rettskrav på fornyelse av tillatelsen, jf. forskriftens § 32 jf. lovens § 11. Fornyelse av tillatelse innebærer at man søker igjen på førstegangstillatelsen, dvs. en tillatelse som man opprinnelig ved ankomst eller før ankomst søkte på. For å få en tillatelse etter bokstav j har UDI en streng forståelse av at man må ha fremmet søknad om tillatelse på dette grunnlag innen utløpet av forrige tillatelse. Man skal ikke ha noen perioder med ulovlig opphold<sup>124</sup>.

For en utlending som tidligere har hatt en tillatelse i Norge viser § 37 fjerde ledd til at en søker som ikke fyller vilkårene for fornyelse etter tredje ledd, typisk at et ekteskap eller samboerskap er opphørt, vil kunne gis ny første gangs tillatelse etter forskriftens § 22 jf. § 23 første ledd bokstav i eller j, dersom vilkårene er oppfylt. Det vil si at i de tilfeller hvor grunnlaget for en klagers tidligere tillatelse er bortfalt, kan man få realitetsbehandlet en ny søknad om førstegangstillatelse. Med førstegangstillatelse sikter man etter forskriftens ordlyd ikke bare til den aller første tillatelsen, men også hver første tillatelse som bygger på et nytt grunnlag<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> Samtale med seniorrådgiver

<sup>125</sup> Bunæs s. 168

En annen grunn til at man ikke fyller forskriftens vilkår kan være at man har oppholdt seg i riket og tidligere søkt tillatelse, men ikke fått innvilget tillatelse på noen grunnlag. Retten til fornyelse av tillatelse gjelder ikke en klager som ikke har hatt en forutgående tillatelse i Norge. Det forekommer at asylsøkere som har søkt asyl og som har fått endelig avslag på sin søknad om asyl, i tiden vedkommende har vært i Norge har etablert seg med samboer og barn<sup>126</sup>. Disse oppfyller ikke vilkåret om gyldig tillatelse det siste året. Det avgjørende etter forvaltningspraksis er at det foreligger et positivt innvilget vedtak med hjemmel i utlendingsregelverket<sup>127</sup>.

#### **7.4. Omfanget av samværsretten**

Ordlyden i bestemmelsen ble endret fra "vanlig samværsrett" til "samværsrett av et visst omfang" ved en forskriftsendring i 1997. Lagmannsretten uttalte i en avgjørelse, hvor tvisten dreide seg om hva som ligger i kravet om "samværsrett av et visst omfang",<sup>128</sup> at:

"endringen ble foretatt for å åpne for en noe mer lempelig praksis i konkrete tilfeller, men at det som hovedregel og utgangspunkt skulle kreves et samvær av tilsvarende omfang som barnelovens normalsamvær".

Lagmannsretten bemerket videre at "samværsrett av et visst omfang" må forstås som et krav om vanlig samværsrett i barnelovens forstand eller en samværsrett som ligger nært opp til denne. Det ble vist til forarbeider og forvaltnings- og rettspraksis.

---

<sup>126</sup> Eksempel fra praksis gitt av seniorrådgiveren.

<sup>127</sup> UNEs praksisbase: 4578728133

<sup>128</sup> LB-2007-51084-2 – RG-2008-137

I proposisjonen til den nye loven<sup>129</sup> skriver departementet om den nye bestemmelsen:

”Når det gjelder kravet til omfanget av samværet som skal utøves i riket, går departementet inn for å videreføre dagens praksis etter utlendingsforskriften § 23 første ledd bokstav e”.<sup>130</sup>

Det blir uttalt videre i forarbeidene under avsnittet gjeldende rett<sup>131</sup>:

”Når det gjelder kravet til samværets omfang, anses i praksis ”vanlig samvær” etter barneloven retningsgivende for hva som skal være tilstrekkelig samvær mellom barn og foreldre. Dette innebærer samvær en ettermiddag i uken, annenhver helg, 14 dager i sommerferien og enten jul eller påske. Dersom utlendingen, på grunn av arbeidsforhold som skiftarbeid og lignende, vanskelig kan oppfylle kravet om ”vanlig samvær”, blir det foretatt en totalvurdering av samværets omfang for søknadsperioden. Det tas også hensyn til barnets alder når innholdet av vilkåret ”vanlig samvær” vurderes. Små barn har som regel samvær av mindre omfang enn større barn.”

UDI har etter fast og langvarig praksis lagt til grunn vanlig samvær som en veiledende norm. I sine avgjørelser ser de hen til om samværet er på det nivået eller mer, men det kan også være mye mindre<sup>132</sup>. Begynner imidlertid samværet å bli svært sjelden, så resulterer det i ganske klare avslag. Det blir ifølge seniorrådgiveren også lagt vekt på barnets alder, spesielle forhold<sup>133</sup> etc. Om det er sakkyndige uttalelser i saken som sier at samværet vil bli opptrappet på sikt og samværet etter barnets beste ikke bør være på høyere nivå pr. i dag, så er det

---

<sup>129</sup> Ot.prp. s. 214

<sup>130</sup> Red anmr: det antas at det skal være en henvisning til bokstav j.

<sup>131</sup> Ot.prp. nr 75 s. 227

<sup>132</sup> Seniorrådgiver uttalelse

<sup>133</sup> I følge seniorrådgiveren kan eksempler på spesielle forhold være barn som er i en spesiell situasjon, barn som er traumatisert, tilfeller hvor man anser det som uheldig med overnattingssamvær pga. trygghet og stabilitet etc.

forhold man tar i betraktning ved vurdering av søknaden. Det er ifølge seniorrådgiveren ikke en firkantet vurdering.

Etter seniorrådgiverens oppfatning er det enklere å konstatere hva slags samværsavtale som er inngått, enn å finne ut av om samværsordningen faktisk etterleves, særlig i konfliktfylte forhold. Det blir ofte ord mot ord fra foreldrene, og utlendingsmyndighetene har erfaring med foreldre som nekter å uttale seg og nekter å samarbeide.

En grunn til at samværet ikke oppfylles eller ikke er av "et visst omfang", kan være at mor saboterer samværet. I en avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett<sup>134</sup> var det tvist mellom foreldrene om fars samværsrett med deres 5 ½ år gamle sønn. Forholdene i saken var slik at mor krevde å være til stede under samværene og også under observasjonene av samspillet mellom far og sønn av sakkyndige oppnevnt av tingretten. Lagmannsretten uttalte:

"Dersom forholdene hadde vært bedre lagt til rette for samvær fra mors side, kunne far på et tidligere tidspunkt hatt eller oppnådd vanlig samværsrett. Det antas at utlendingsmyndighetene vil se hen til dette. Mor ser på sin side helst at far forlater landet med den følge at C i oppveksten vil få begrenset kontakt med far, noe som i seg selv vil være meget uheldig for hans utvikling".

Det er ikke så sjelden at den forelder, som barnet har fast bosted hos, driver en type svartmaling av den andre forelder. UDI har sett tilfeller hvor tvisten om samværsretten har blitt domstolsbehandlet, og mor gang på gang nekter å etterkomme rettens avgjørelser. Dersom UDI ser at herboende klart saboterer samværet, vil de i større grad kunne strekke seg i favør av søkeren ut ifra rimelighetsbetraktninger<sup>135</sup>.

---

<sup>134</sup> LB-2008-2580

<sup>135</sup> Samtale med seniorrådgiver



## **7.5. Hvilke muligheter har søkeren dersom vilkårene i forskriftens § 23 første ledd bokstav j ikke er oppfylt?**

Selv om søkeren ikke oppfyller alle vilkårene i forskriftens § 23 første ledd bokstav j, kan vedkommende likevel få innvilget tillatelse på en rekke grunnlag. I det følgende vil jeg gå igjennom disse grunnlagene.

### **7.5.1. Søkeren oppfyller ikke vilkåret om tilstrekkelig samværsrett**

Etter forskriftens § 37 fjerde ledd kan søker som ikke fyller vilkårene i tredje ledd og som har barn som nevnt i § 23 annet ledd i riket, gis ny første gangs tillatelse etter § 24 annet ledd dersom det sannsynliggjøres at vilkårene i § 23 første ledd bokstav j vil være oppfylt i løpet av et angitt tidsrom, som ikke kan overstige et år. Bestemmelsen brukes i situasjoner hvor det er tvist mellom foreldrene om samvær som ikke er avklart enda. Det vil bli rettssak og utlendingsmyndighetene ser at tvisten vil bli avklart innen kort tid. Da vil det bli gitt en § 24 andre ledd tillatelse, som ikke danner grunnlag for bosettingstillatelse, i påvente av at tvisten blir avklart<sup>136</sup>. Dersom det ikke er sannsynlig etter utlendingsmyndighetenes syn at klageren gjennom rettssaken vil få samvær eller samvær av et slikt omfang som kreves etter utlendingsloven, får ikke søkeren tillatelse i påvente av rettssaken<sup>137</sup>. Dersom det er bestemt av retten at samværet i løpet av en bestemt periode skal trappes opp, kan man også innvilges tillatelse etter § 37 fjerde ledd<sup>138</sup>.

Man kan gå direkte på § 24 andre ledd i saker hvor utlendingsmyndighetene ser at det er tilstrekkelig grunner for å gi en vanlig tillatelse. Forskriftens § 37 fjerde ledd handler bare om å gi § 24 andre ledd i påvente av en tillatelse etter bokstav j. Praksis viser også at i tilfeller hvor det er gitt en § 37 fjerde ledd tillatelse, også

---

<sup>136</sup> Rådgiver uttalelse

<sup>137</sup> UNEs praksisbase: 6637622607

<sup>138</sup> UNEs praksisbase: 2356448034

senere åpner for at man kan innvilge etter § 24 andre ledd. I et vedtak fra UNE<sup>139</sup> fikk en far oppholdstillatelse etter § 37 fjerde ledd. Det ble satt som vilkår for fornyelse av tillatelsen at vilkårene i § 23 første ledd bokstav j måtte være oppfylt i prøveperioden og at samværet med sønnen skulle opptrappes. Opptrappingen av samværet til alminnelig samværsrett gikk tregere enn forventet på grunn av farens sykdomsbilde. Nemnda kom frem til at det forelå sterke menneskelige hensyn i saken og faren fikk tillatelse etter forskriftens § 24 andre ledd. Nemnda uttalte at grunnen til at søkeren i prøveperioden hadde vanskelig for å trappe opp samværet, var at han hadde store sykdomsplager.

#### **7.5.2. Søkeren oppfyller ikke vilkåret om gyldig tillatelse det siste året**

Hvis det er en sak hvor det helt klart er et genuint ønske om samvær med barn som ligger bak søknaden, og myndighetene ikke mistenker at søkeren benytter muligheten til få opphold i riket, samt hvor det er en klart tilfredsstillende samværsordning, vil utlendingsmyndighetene vurdere å innvilge etter § 24 andre ledd<sup>140</sup>. Utlendingsmyndighetene vil ta i betraktning hva som er årsaken til at vilkåret om et års lovlig opphold ikke er oppfylt. Man kan f.eks. ha hatt tillatelse i mange år etter allerede oppfylt samvær med barn, men så har man kanskje søkt tillatelse for sent eller fått en glippe. Det er eksempelvis snakk om et kort ulovlig opphold<sup>141</sup>, og søkeren har tidligere oppholdt seg flere år i Norge. Hvis det er en slik type situasjon, eller det ikke er noe annet grovt brudd på loven, så vil utlendingsmyndighetene ofte innvilge etter § 24 andre ledd<sup>142</sup>. En annen aktuell situasjon er en person som har et lengre opphold i Norge, som f.eks. asylsøker. Vedkommende har forholdt seg godt til forvaltningen, men saksbehandlingen er svært lang. Søkeren har i 3-4 års periode hatt en utstrakt kontakt med barn som er

---

<sup>139</sup> UNEs praksisbase: 2557413873

<sup>140</sup> Intervju og UNEs praksisbase: 1267146030

<sup>141</sup> Hva som anses som et kort ulovlig opphold har ikke UDI noen nedskrevet praksis på, men må se an til hva som har vært årsaken til at man ikke har fremmet søknaden og må foreta en konkret vurdering.

<sup>142</sup> Samtale med rådgiver

født i Norge, og sakkyndige og alle rundt barnet mener det er et fungerende og godt samvær. Far har en viktig rolle i barnets liv, men oppfyller ikke vilkårene etter § 23 første ledd bokstav j. Hvis det er en slik grei sak, er det etter seniorrådgiverens oppfatning, aktuelt å anvende § 24 andre ledd direkte.

Når man er inne på § 24 andre ledd, kommer imidlertid flere av de innvandringsregulerende hensynene<sup>143</sup> mer på spissen. Det kan være tale om en omfattende samvær og det kan være til beste for barnet at søkeren får opphold i riket. Men har søkeren en historikk som tilsier at utlendingsmyndighetene ikke vil premiere vedkommende ved å gi tillatelse, samtidig som en type signaleffekt taler imot tillatelse, kan innvandringsregulerende hensyn gå foran. I en sak for UNE<sup>144</sup> søkte en far oppholdstillatelse i gjenforeningsøyemed med sitt norske barn. Søkeren var opprinnelig fra Rwanda. Han ankom Norge som asylsøker uten dokumentasjon på sin identitet og fikk avslag på sin asylsøknad. Søkeren fremla samværsavtale, men siden han ikke hadde hatt gyldig opphold det siste året var ikke vilkårene etter § 23 første ledd bokstav j oppfylt. Nemnda vurderte § 24 andre ledd. Selv om faren hadde et svært godt samvær med sitt norske barn og det oversteg alminnelig samvær etter barneloven, resulterte nemnda med avslag da innvandringspolitiske hensyn klart talt imot innvilgelse. I dette tilfellet talte kontrolltekniske hensyn imot tillatelse. Det er av stor betydning for norske myndigheter å kjenne identiteten til personer som oppholder seg i riket. I tillegg ble det argumentert med at siden dokumentene som ble fremlagt ikke hadde tilstrekkelig notoritet og identiteten ikke var fastslått var det ikke mulig for myndighetene å foreta en riktig vurdering av om det ikke forelå omstendigheter etter lovens § 8 første ledd nr. 3.

Momenter av betydning ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn etter § 24 andre ledd er som nevnt årsaken til det ulovlige oppholdet, men også graden av

---

<sup>143</sup> Punkt 5.2.

<sup>144</sup> UNEs praksisbase: 1814705320

etablert samliv og hvor lenge samlivet har vart. Det skal mer til for å bryte et familieliv som har vart en stund og er solid, enn i tilfellene hvor man tviler på realiteten. Det blir videre også tatt hensyn til personlige forhold som hvor gammelt barnet er og hvor lenge barnet har bodd i Norge.

#### **7.6. Hensynet til barnets beste i saker knyttet til forskriftens § 23 første ledd bokstav j**

Nemnda vurderte EMK art. 8<sup>145</sup> og barnekonvensjonens art 3<sup>146</sup> i en sak vedrørende forskriftens § 23 første ledd bokstav j<sup>147</sup> og uttalte:

”Det er ikke fremkommet opplysninger som tilsier at avslag vil være til skade for klagerens barn, utover hva som ellers vil følge i denne type saker, og hvor konsekvensene er avveid ved utformingen av regelverket og vilkårene i utlendingsforskriftens § 23 første ledd bokstav j. Videre er den omstendighet at klageren har barn i Norge ikke i seg selv tilstrekkelig til å innvilge tillatelse etter forskriftens § 24 annet ledd. Det synes ikke å foreligge andre omstendigheter som med styrke taler for å innvilge klageren oppholdstillatelse på dette grunnlag. Nemnda er klar over at et vedtak som går ut på at klageren må forlate landet i vesentlig grad vil påvirke mulighetene for kontakt mellom klageren og barnet. Praksis er generelt sett restriktiv, og sammenlignet med andre lignende saker fra nemndas praksis foreligger det ikke forhold som tilsier at klageren gis opphold etter bestemmelsen. Nemnda vil dessuten bemerke at kontakt mellom klageren og herboende barn kan opprettholdes ved brev, telefon samt ved besøk”.

I en annen sak for UNE<sup>148</sup> gikk samværsavtalen ut på at faren skulle ha samvær med sine to herboende barn én dag i uka. Avtalen ble overholdt. I tillegg tok moren med barna til farens restaurant innimellom og av og til gikk barna tur sammen med

---

<sup>145</sup> Punkt 5.3.

<sup>146</sup> Punkt 5.4.

<sup>147</sup> UNEs praksisbase: 5645313452

<sup>148</sup> UNEs praksisbase: 5273764406

mor og far. Dette var etter nemndas vurdering ikke tilstrekkelig til å oppfylle lovens vilkår om samvær. Ut fra en barnets beste vurdering er det imidlertid ikke grunn til å stille et like stort krav til samvær som etter barnelovens regler. Selv samvær av et mindre omfang vil være til barnets beste og er i alle fall bedre enn at det faller bort helt ved at forelder må reise til hjemlandet.

### **7.7 En kort evaluering av praksis etter forskriftens § 23 første ledd bokstav j opp mot forskriftens § 23 første ledd bokstav i**

Rådgiveren uttaler at saker etter forskriftens § 23 første ledd bokstav j kan være problematiske, i den forstand at de kan være vanskelige å avslå siden de involverer barn<sup>149</sup>. Det må bemerkes at også saker etter forskriftens § 23 første ledd bokstav i, involverer barn. Etter en gjennomgang av praksis i saker etter bokstav j, kan det virke som utlendingsmyndighetene bøyer seg mer for hensynet til barnets beste. Dette står i et motsetningsforhold til bokstav i – sakene.

Som jeg har vært inne på, har en søker mulighet til å få innvilget familiegjenforening med samværsbarn, til tross for at vedkommende ikke oppfyller vilkårene i forskriftens § 23 første ledd bokstav j<sup>150</sup>. Derimot ser man at myndighetene ikke tillater familiegjenforening for søkere med barn som er gift eller samboer med barnets andre forelder, selv om de uttalte vilkårene i forskriftens § 23 første ledd bokstav i er oppfylt. Igjen står dette i et motsetningsforhold.

I et vedtak fra UNE<sup>151</sup> begrunnes innvilgelsen med blant annet at siden herboende barn er norsk borger, kan det ikke forventes eller pålegges at eventuell samvær skjer utenfor Norge. Også i bokstav i- tilfellene vil det være snakk om et norsk barn. Det kan virke som utlendingsmyndighetene ser urimeligheten ved å kreve at

---

<sup>149</sup> Punkt 7.2.

<sup>150</sup> Punkt 7.5

<sup>151</sup> UNEs praksisbase: 2557413873 og punkt 7.5.1.

et norsk barn skal utøve samvær med utenlandsk forelder i utlandet, men de ser ikke det uheldige i at et norsk barn må flytte ut fra Norge med sin utenlandske forelder<sup>152</sup>. Man kan stille spørsmålstegn ved om utlendingsmyndighetene her følger en konsekvent linje i sin praksis.

---

<sup>152</sup> Punkt 6.5.

## 8. Avsluttende betraktninger

Denne avhandlingen har tatt for seg foreldrenes rett til familiegjengenforening etter forskriftens §§ 23 første ledd bokstav i og bokstav j.

Avhandlingen avdekker at forvaltningen oppstiller tilleggsvilkår for søkere med norsk barn, som er gift eller samboende med det norske barnets andre forelder. Så selv om de oppfyller kravene som oppstilles etter forskriftens § 23 første ledd bokstav i, får de ikke innvilget familiegjengenforening med sitt norske barn<sup>153</sup>. Det er enighet mellom forvaltningen og rettshjelperne om at forskriftens § 23 første ledd bokstav i, etter sin ordlyd, også dekker de tilfellene hvor foreldrene til det norske barnet er gift eller bor sammen. Men forarbeidene til forskriften skisserer imidlertid et unntak for disse tilfellene. Bakgrunnen for dette unntaket er faren for innvandring i bigamitilfellene, mens styrking av underholdskravet ikke er et uttalt formål. Hensynet til barnets beste<sup>154</sup> og familiens enhet<sup>155</sup> taler for at familier som bor sammen ikke bør stilles svakere enn de som ikke bor sammen. Også juridiske metode og øvrige hensyn taler for en endring av gjeldende praksis. I avhandlingen konkluderes det derfor med at søkere med norsk barn som bor sammen med eller er gift med barnets andre forelder, bør få søke familiegjengenforening etter forskriftens § 23 første ledd bokstav i<sup>156</sup>.

Siden familiegjengenforening etter både forskriftens § 23 første ledd bokstav i og j involverer barn, tas det hensyn til barnets beste ved vurdering av søknaden. Det er imidlertid viktig at hensynet til barnets beste anses som et viktig moment også i

---

<sup>153</sup> Punkt 6.5

<sup>154</sup> Punkt 5.4.

<sup>155</sup> Punkt 5.3.

<sup>156</sup> Punkt 7.5.7.

forhold til innvandringspolitiske hensyn. I sakene etter forskriftens § 23 første ledd bokstav i må barn sees som mye mer enn ”vedheng” til foreldrenes sak om familiegjenforening. Hensynet til barnets beste i saker etter forskriftens § 23 første ledd bokstav j, taler for at litt samvær med foreldre kan i de aller fleste tilfellene være bedre enn ikke noe samvær.

Oppholdstillatelse i familiegjenforeningsøyemed har stor betydning for dem det gjelder – nemlig utlendingene og deres familie. Derfor er det viktig at forvaltningen tar hensyn til de berørte partene og overveier resultatet i sine avgjørelser. Vi ser at utlendingsmyndighetene gir søkeren en reell sjanse til å gjenforenes med et barn som vedkommende har samvær med, til tross for at vilkårene etter forskriftens § 23 første ledd bokstav j ikke er oppfylt<sup>157</sup>. Hvis ikke myndighetene hadde lagt seg på en slik praksis, hadde det ført til svært uheldige resultater. Nå må myndighetene imidlertid også tenke igjennom sin praksis etter forskriftens § 23 første ledd bokstav i. Dersom de kommer frem til at de fortsatt ønsker å følge sin praksis, er de nødt til å endre forskriftens ordlyd. Frem til det skjer en forskriftsendring, må søkerne få innvilget tillatelse i samsvar med ordlyden i gjeldende forskriftsverk.

---

<sup>157</sup> Punkt 7.5.



## **9. Kilder**

### **9.1. Lover og forskrifter**

Lov 24. juni 1988 nr.64	Lov om utlendingers adgang i riket og deres opphold her (Utlendingsloven)
Lov 15. mai 2008 nr. 35	Lov om utlendingers adgang i riket og deres opphold her (Utlendingsloven) - Ikke trådt i kraft
Lov 10. februar 1967 nr.54	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (Forvaltningsloven)
Lov 8. april 1981 nr. 7	Lov om barn og foreldre (Barnelova)
Lov 18. juni 1965 nr. 4	Vegtrafikkloven
Lov 21. mai 1999 nr. 30	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven)
Lov 4. juli 1991 nr. 47	Lov om ekteskap (Ekteskapsloven)
Lov 13. juni 1980 nr. 35	Lov om fri rettshjelp (Rettshjelploven)
Forskrift 21. desember 1990 nr. 1028	Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsforskriften)

## **9.2. Forarbeider**

Ot.prp. nr. 46 (1986-1987)

NOU 2004:20 Ny utlendingslov

Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

Innst. O. nr. 42 (2007-2008)

## **9.3. Litteraturliste**

- |          |   |
|----------|---|
| Sandberg | Sandberg, Kirsten mfl. Barnekonvensjonen – Barn rettigheter i Norge. Universitetsforlaget 2008.   |
| Bunæs    | Bunæs, Runa mfl. Utlendingsrett. Universitetsforlaget 2004.                                       |
| Fisknes  | Fisknes, Eli. Utlendingsloven Kommentarutgave. Universitetsforlaget 1994.                         |
| Heiberg  | Heiberg, Turid mfl. Innvandringspolitikk og utlendingslov – samtidens klagemur. Fagforlaget 1998. |
| Møse     | Møse, Erik. Menneskerettigheter. Cappelen Akademiske Forlag 2002.                                 |
| Eckhoff  | Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Universitetsforlaget 2001.      |
| Gisle    | Gisle, Jon mfl. Jusleksikon. 2. utgave. Kunnskapsforlaget 2002.                                   |

Mostad	Mostad, Bente. Foreldres rett til gjenforening med barn i Norge. Stensilserie for Juss-Buss ved Institutt for rettssosiologi nr. 79.
Horsbøl	Horsbøl, Kine S. mfl. Økonomiske vilkår ved familiegjenforening mellom barn og deres omsorgspersoner – en undersøkelse av forvaltningens praktisering av dispensasjonsskjønnet særlig sterke menneskelige hensyn. Juss-Buss ved institutt for kriminologi og rettssosiologi, Universitetet i Oslo, nr. 112.

#### **9.4. Praksis**

##### **9.4.1. Høyesteretts praksis**

RT. 1995 s. 72

RT. 2005 s. 229

RT. 1994 s. 1286

RT. 1998 s. 1260

RT. 1990 s. 1293

##### **9.4.2. Lagmannsretts praksis**

RG. 2008 s. 137

LE- 2005- 109716

LE- 2007- 51084-2

LB- 2008- 2580

### 9.4.3. Forvaltningspraksis

#### 9.4.3.1. UNEs praksisbase

Ref: 1856837532

Ref: 4136404831

Ref: 3173331664

Ref: 0735647321

Ref: 4578728133

Ref: 5273764406

Ref: 6637622607

Ref: 2356448034

Ref: 2557413873

Ref: 1267146030

Ref: 1814705320

Ref: 5645313452

#### 9.4.3.2. Rundskriv og praksisnotater

Justisdepartementets høringsbrev av 14. november 1996 -

Vedlegg 5 til G-99-088.

<http://www.udiregelverk.no/sitecore/content/Home/Rettskilder/Forarbeider/JD-1996-11-14%20Forslag%20til%20endringer%20i%20utlendingsforskriften.aspx>

RS 2008-028.

Rundskriv om underholdskravet i saker om  
familieinnvandring – utlendingsforskriftens §§ 25 og 33

UNEs praksisnotat

UNEs praksisnotat om sterke menneskelige hensyn og  
familiegjenforening, datert 25. mars 2007.

<http://www.une.no/Praksis 2/Notater/Om-sterke-menneskelige-hensyn-og-familiegjenforening/>

A-9/2006

Ikraftsetting av forskrift om endringer i utlendingsforskriften vedr. adgangen til å søke arbeids- og oppholdstillatelse fra riket.

### **9.5. Internasjonale konvensjoner**

EMK

Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter

Barnekonvensjonen

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barns rettigheter

### **9.6. Annet**

Kongelig resolusjon

Kgl. Res 10. januar 1975

UDI

Tall og fakta 2007.

<http://www.udi.no/upload/Pub/Aasrapport/2007/TallogFakta2007.pdf>

UDI

Barnets beste og regulert innvandring – En motsetning? Bakgrunnsnotat til UDIs vårkonferanse 2006.

<http://www.udi.no/templates/Page.aspx?id=7766>

